

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES CONFLITS
DES
COUTUMES MATRIMONIALES
DE PARIS ET DE NORMANDIE
A PARTIR DU SEIZIÈME SIÈCLE

THESE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 17 Juin 1909, à 1 heure

PAR

ROGER KNECHT

AVOCAT

Président : M. LEFEBVRE, professeur
Suffragants { MM. GARÇON, professeur
LESEUR, professeur

PARIS (5^e)

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1909

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES CONFLITS

DES

COUTUMES MATRIMONIALES

DE PARIS ET DE NORMANDIE

A PARTIR DU SEIZIÈME SIÈCLE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le Jeudi 17 Juin 1909, à 1 heure

PAR

ROGER KNECHT

AVOCAT

Président : M. LEFEBVRE, professeur
Suffragants { *MM. GARÇON, professeur*
 LESEUR, professeur

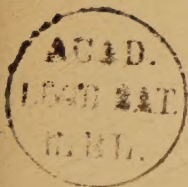
PARIS (8^e)

V. GIARD & E. BRIÈRE

LIBRAIRES-ÉDITEURS

16, RUE SOUFFLOT ET 12, RUE TOULLIER

1909



AVANT-PROPOS

Il aurait peut-être été plus exact, dans le titre de cette étude, de préciser : « à partir de la fin du xvi^e siècle » ; car, ce ne sont pas les premiers conflits des coutumes ou les doctrines statutaires initiales que nous allons examiner ici. Dès les débuts de l'an 1500, il y avait pourtant des difficultés nées de la divergence des coutumes ; dès alors sans doute, on savait ce qu'il fallait entendre par statut ; mais aurait-il été bien utile d'exposer les conflits issus de lois qui n'existaient encore qu'à l'état d'habitudes locales ? Était-il bien profitable d'envisager la théorie des statuts avant l'époque où les opinions s'y attachant devaient avoir en France leur développement le plus intense ? Ce n'est pas à dire que nous ne jetterons pas parfois les yeux sur les années qui ont vu l'éclosion de ces doctrines et la naissance de ces usages ; mais la rédaction officielle et définitive des coutumes de Paris et de Normandie — du moins de celle formant le droit commun de cette province, seule dont nous nous occuperons — n'ayant eu lieu qu'en 1580 et 1583, c'est là que nous avons fixé notre point de départ ;

la fin du xvi^e siècle et la Révolution française étant en résumé les dates extrêmes entre lesquelles sera circonscrite cette étude.

Le xvi^e siècle n'a d'ailleurs pas seulement été le siècle de la rédaction officielle des coutumes ; il a aussi été celui dans lequel leur esprit général, leurs tendances, se sont le mieux affirmés ; et si l'on considère en elles-mêmes les coutumes de Rouen et de Paris au point de vue national, on voit qu'elles reflétaient deux conceptions totalement différentes du mariage ; de là, la cause de leurs conflits. En Normandie, on parlait de cette idée que le mari était tout puissant sur sa femme, corps et biens. A Paris, on le disait encore le « seigneur » de sa femme, mais non pas comme un maître vis-à-vis de son esclave, tout au plus comme un associé mis à la tête d'une société dont l'épouse n'était qu'un membre ; et ces deux notions théoriques, bases des dispositions légales, conduisaient à deux systèmes aussi différents que leurs sources mêmes. La souveraineté du mari normand appelait des protections nombreuses et sûres au profit de la femme ; le peu de bien qu'on lui laissait, le peu de droits qu'on lui donnait étaient vigoureusement protégés ; à Paris, cette puissance du mari qui était le fait d'un associé-chef n'avait pas à être contrebalancée de même ; les droits de la femme étaient plus vastes ; par contre, ils étaient moins garantis ; on n'avait pas à la sauvegarder d'un despote tout puissant ; on n'avait qu'à la prémunir contre des entraînements excessifs de

sa part ou de celle de son époux ; ces théories différentes du régime matrimonial et des protections accordées à la femme étaient ainsi intimement liées à la double conception de la puissance maritale ; il y avait pour ainsi dire, entre elles rapport de cause à effet.

Ces notions contradictoires n'étaient donc pas seulement la base de rédactions dissemblables des deux coutumes ; elles étaient aussi la cause des conflits qui naissaient de leur choc ; par la force même des choses, par le voisinage incessant des deux provinces, il n'était pas d'instant où elles n'aient eu l'occasion de se heurter ; à laquelle alors fallait-il donner le pas sur l'autre ? — Problème qui, pendant plus de deux siècles, a passionné l'opinion, problème qui revivra dans ces pages. En outre, des règles différentes en ce qui concernait les moindres détails, venaient aviver la discorde, lorsque le fonds de l'institution se trouvait d'accord ici et là ; si par exemple, le principe de l'autorisation maritale existait dans les deux provinces, que de divergences entre elles, tant pour sa forme, que pour les actes et les cas où elle était requise ! mais, dans la plupart des occasions, le conflit naissait d'une diversité fondamentale de l'institution : la quotité laissée à la femme dans les biens acquis le mariage durant lorsque venait l'heure de la dissolution, la protection des propres, la possibilité des avantages entre époux, le droit de jouir des gains de survie donnés par la coutume, autant de sujets de discussion, et d'autant plus graves que la compréhension même de la

matière n'était pas identique dans les deux provinces.

Et, qui plus est, à des conceptions juridiques opposées, les deux parlements joignaient des façons de voir non moins diverses en ce qui touchait le mode de résolution du conflit qui en était issu ; et c'est là encore un second motif de cette lutte qui fut continuelle entre Rouen et Paris. Ce n'était pas d'ailleurs arbitrairement ni par pur esprit de chicane que les juges rendaient ici et là des arrêts en sens contraire ; ces arrêts n'étaient que le reflet d'un courant général de l'opinion publique envisagée dans les deux pays, la suite d'un combat entre des provinces dont l'une s'efforçait d'étendre sa suprématie, l'autre de défendre son autonomie. De tout temps, les usages en vigueur à Paris avaient été considérés comme plus juridiques, ou du moins comme plus raisonnables que les autres ; de tout temps on y avait vu en quelque sorte le droit commun du royaume ; quoi de plus naturel dès lors de la part de son parlement que de s'efforcer de maintenir cette quasi-souveraineté et d'appliquer en tous lieux ses règlements ? pourquoi, il faut en convenir logiquement, aurait-il excepté la Normandie de cette suzeraineté ? et c'est justement ce que la Normandie ne voulait pas supporter. Sa coutume, plus rude et intransigeante que ses voisines, était, pour ainsi dire, orgueilleuse et jalouse de sa rudesse ; elle voulait être seule maîtresse chez elle, consentant à ne pas étendre ses règles au dehors, mais ne souffrant pas, par contre, l'intrusion en son domaine de lois étrangères. Son carac-

rière sauvage et primitif en quelque sorte, se retrouvait là encore, dans l'âpreté qu'elle mettait à défendre son autorité, de même qu'il apparaissait dans la rédaction de ses lois. Aussi de cette situation : d'un côté tendance à étendre partout alentour ses dispositions, de l'autre, résolution bien arrêtée de résister à toute invasion des principes voisins, devaient naître deux systèmes bien différents dont l'écho se retrouvera au cours des opinions que nous envisagerons ; et toujours cet état de choses était destiné à être la base fondamentale des jurisprudences de Rouen et de Paris ; jurisprudences presque sans cesse opposées, puisque une unité de législation était forcément inconciliable avec des principes juridiques en matière matrimoniale si divers, et une telle rivalité d'autre part. C'est la raison pour laquelle il n'y aura plus lieu de s'étonner de cette dualité de doctrines que nous rencontrerons à chaque pas, maintenant que ces explications premières ont été données ; elles ne justifient d'ailleurs pas cette double façon de voir en l'excusant : tout au plus l'expliquent-elles en montrant la cause ; mais cette cause même, n'était-il pas indispensable de la connaître avant d'entrer dans un sujet qui se rattache, en somme, par tant de liens, à l'histoire des discordes des coutumes de Paris et de Normandie ?

DES CONFLITS
DES
COUTUMES MATRIMONIALES
DE PARIS ET DE NORMANDIE
A PARTIR DU SEIZIÈME SIÈCLE

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

GÉNÉRALITÉS SUR LES STATUTS

L'unité de législation qui règne aujourd'hui sur toute la France était, nous l'avons déjà remarqué, à la fin du xvi^e siècle, chose inconnue. Malgré les tentatives faites dans cette voie et qui se traduisirent par la rédaction parfaite des coutumes, tout le progrès accompli se bornait à rendre certaines et officielles des habitudes que l'on n'avait jusqu'alors suivies qu'à titre d'usages, et à les imposer aux habitants d'une province ou souvent même seulement d'une ville. Or, de cette multitude de coutumes, que pouvait-il résulter, si ce n'est une confusion continuelle et un enchevêtrement forcé de leurs dispositions ? Et c'est de là même qu'est

né, ou, plus exactement, c'est à cause de cet état de choses que s'est perpétué dans notre droit coutumier le problème du conflit des lois et des statuts.

Avant d'aller plus loin, remarquons tout d'abord que parmi les dispositions résultant des actes juridiques, il faut distinguer celles qui sont nées des conventions, et celles issues de la loi seule. La convention, dont l'élaboration est l'œuvre des parties, le contrat, seront tout puissants. La volonté des parties qui aura présidé à leur formation s'exercera indépendamment de toutes règles coutumières ou locales, abstraction faite, bien entendu, des clauses contraires à l'ordre public. Or, si ce point est par lui-même important à noter, il est encore et bien davantage nécessaire de le mettre en lumière ici, puisque, lorsque nous arriverons à traiter des conventions matrimoniales, nous le retrouverons, tenant une place considérable dans nos discussions. Quant aux dispositions nées de la loi seule, hors de tout accord ou intervention des intéressés, c'est à cause d'elles surtout que la théorie statutaire des conflits a sa raison d'être.

Et, tout d'abord, que faut-il entendre par ce mot : statut ? « C'est la règle de certaines localités, la loi municipale d'une ville, l'expression authentique, reconnue, et tacitement adoptée des mœurs (1) ». En

(1) Mailher de Chassat, *Ouvrage sur la théorie des statuts*, pp. 12-15.

d'autres termes, c'est un certain droit selon lequel sont régis et gouvernés les personnes et les biens d'une personne (1). De ces mots, les personnes et les biens, la déduction immédiate s'impose qu'il devait y avoir deux sortes de statuts, les personnels et les réels, chacun d'eux régissant une catégorie différente de droits ; et cette dualité, notre ancienne France l'a bien connue en effet. Cette division des statuts n'est pas l'œuvre exclusive d'ailleurs de nos juristes ; elle ne fut que la conséquence et le résultat du choc de deux grands principes admis primitivement, l'un en France, l'autre en Italie, le premier né sur notre sol même de très bonne heure : « Toutes coutumes sont réelles », le deuxième importé d'Italie, lors de la renaissance latine, le principe de la personnalité des droits. « Dès lors (2) deux choses coexistèrent en France, au sujet du conflit des lois, un principe naturel, celui de la territorialité stricte et absolue des coutumes ; une doctrine étrangère importée et professée par des juristes familiers avec le droit romain. »

Ces statuts personnels et réels différaient donc tout d'abord entre eux par leur objet. Le statut personnel, c'est l'individu considéré sous le rapport de son état, de sa capacité, abstraction faite des objets sur lesquels s'exercent cet état, cette capacité (3). Peut-être pour-

(1) Boullénais, *Ouvrage sur les démissions de biens*. Question 6, p. 82.

(2) Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I, p. 284.

(3) Mailher de Chassat, *op. cit.*, p. 25.

rait-on reprocher à cette définition de n'être pas d'une exactitude absolue, et comme on l'a très justement remarqué (1), « il n'est pas vrai de dire que c'est celui qui règle l'état de la personne abstraction faite des biens, car, tous, en réglant la personne, ont en vue de la régler par rapport aux biens, et il en est ainsi de celui d'autorisation maritale pour vendre les biens, et qui règlent les engagements dont l'effet est de lier les personnes ». Le statut personnel est donc celui dont l'objet principal, direct et immédiat, est de régler l'état de l'individu, les effets par rapport aux biens n'étant que des conséquences éloignées de la personnalité (2).

Quant au statut réel, c'est celui qui règle les transmissions partielles ou totales du sol, qui règle la qualité, la nature des biens, la manière d'en disposer (3). Faut-il faire abstraction de la personne? Non, car presque toujours, s'il dispose des biens en considération de certaines personnes, ses effets vis-à-vis des personnes n'en sont que des conséquences éloignées, car il vise

(1) Boullenois, *op. cit.*, p. 85.

(2) Dans ce sens, Merlin, *Répertoire*, au mot : autorisation maritale, t. I, p. 614. Voir aussi : Prévôt de la Jannès, t. 1^{er}, 3^e discours, p. 63 : « Les statuts personnels sont ceux dans lesquels la loi fixe l'état et la condition des personnes et leur prescrit en conséquence ce qu'elles ont à suivre soit par rapport à leurs conventions, par rapport aux dispositions qu'elles pourraient faire de leurs biens, soit généralement, soit suivant certaines modifications qu'elle détermine ».

(3) Mailher de Chassat, *op. cit.*, p. 25.

immédiatement et directement ces biens (1). Réciproque exacte de ce que nous avons dit à propos du statut personnel.

Une seconde différence non moins importante les séparait, différence que nous nous bornons à signaler ici, mais dont toute l'ampleur apparaîtra plus loin, en étudiant les conséquences pratiques tirées de ces règles abstraites, et sur laquelle nous aurons bien souvent sujet de revenir. L'étendue, le champ d'application de ces deux statuts, les distinguait ; tandis que le statut personnel, qui régissait principalement la personne et sa capacité la suivait en tous lieux et dans tous ses déplacements et résidences — nous ne disons pas domiciles — successifs, en toutes provinces même ayant des règles diamétralement opposées à celles du domicile, — puisque l'on considérait à cette époque que c'était la loi du domicile qui régissait l'individu —, le statut réel ne dépassait jamais les bornes du territoire de la province où il était souverain ; de même qu'en principe il y régissait tout bien qui y était situé, de même, et par une juste conséquence inverse, il ne franchissait jamais les limites territoriales de la coutume ; il était, en quelque sorte, rivé au sol. Il y a là un intérêt primordial à les distinguer, nous le verrons par la suite. Ainsi donc, le caractère souve-

(1) Prévot de la Jannès, *op. cit.*, p. 64 : « Les statuts réels sont ceux par lesquels la loi dispose immédiatement des choses, soit en les transférant par la suite de l'ordre qu'elle a établi, soit en les assujettissant à certaines charges ».

rain du statut personnel, que nous venons d'établir, permet de rapprocher ces dispositions de la loi dites personnelles, de celles qui résultent des conventions des parties, que nous avons vues, il y a un instant, capables de s'étendre en tous lieux. Le statut personnel étant maintenant défini, nous pouvons placer sous une seule et même étiquette la disposition légale personnelle et la disposition conventionnelle, ce qui rendra plus claires les pages suivantes ; il y a évidemment des différences de sens à apporter au mot : statut personnel, appliqué aux deux séries de dispositions ; mais provisoirement, nous les considérerons comme un tout unique.

Enfin une autre différence — qu'il nous suffit de mentionner au point de vue théorique, puisque, étant donné l'époque qui sert de point de départ à cette thèse, nous n'aurons pas, ou du moins à peine, à envisager, au cours des siècles que nous traverserons, des rédactions successives des coutumes — peut se résumer ainsi : « Un acte contraire au statut personnel est un acte nul ; un acte contraire au statut réel est un acte inutile tant que l'obstacle subsiste. L'acte en violation d'un statut réel deviendra valable sans être refait dès que la prohibition disparaîtra (1) ». La justification en est aisée et résulte de ce que nous avons établi précédemment. L'acte fait par une personne incapable — statut personnel — ne deviendra jamais valable, s'il

(1) Duchesne-Beaumont, *Essai sur la distinction des statuts*, p. 430.

n'est pas refait, car, en son principe, la capacité aura toujours fait défaut ; l'acte dont la réalisation est empêchée par la loi régissant les objets sur lesquels il porte, acte valable en soi, recevra exécution pleine et entière du jour où les objets qu'il vise seront susceptibles de le subir ; il ne s'agit plus d'une question de capacité de personne, mais de disponibilité de biens.

Cette classification simple des statuts avait été rendue plus complexe par la création d'une troisième classe de statuts, dits mixtes, dont nous nous bornerons à indiquer l'existence pour ne pas être accusé d'omission. Les causes de leur création, qu'il serait utile d'exposer dans une étude exclusive de la théorie des statuts, seraient ici hors de propos ; il suffira de les définir rapidement ; certaines dispositions des lois, semblant embrasser à la fois personnes et choses, sans qu'il soit facile de reconnaître quel était de ces deux objets celui visé en premier lieu et immédiatement, cette classe supplémentaire des statuts avait été créée. Sa seule utilité fut d'embrouiller à plaisir une théorie jusqu'alors limpide et claire ; bien qu'assez prisée par certains jurisconsultes, cette doctrine était destinée à être condamnée et supprimée. En outre, même les auteurs qui en étaient partisans « ne purent s'entendre sur la composition de ce nouveau compartiment qui demeura toujours vide, chacun rejetant les lois que son prédécesseur y avait mises et en mettant d'autres appelées

aussi à disparaître (1) ». D'ailleurs, dès le xviii^e siècle, Prévôt de la Jannès disait fort exactement : « il n'y a que deux espèces de statuts, car les actes d'un côté étant attachés à la personne de ceux qui les font, de l'autre ayant pour objet les choses dont ils disposent par ces actes, il n'y a donc que des statuts réels ou personnels (2) ».

Comme conséquences des définitions précédentes, les auteurs avaient formulé les règles générales suivantes : 1^o tout statut ayant pour but de régler *primario et per se* (3) la capacité d'une personne est personnel ; — Ce statut n'a lieu que sur les personnes domiciliées dans le territoire de la loi et ne lie pas ceux domiciliés dans d'autres coutumes, relativement aux biens qu'ils possèdent dans la première ; — Ce statut a lieu même pour les biens que celui qui y est domicilié a dans un autre pays (4) — nous verrons plus loin une exception à ce principe. — Enfin le statut qui crée une prohibition est personnel si cette incapacité est générale et frappe entièrement la personne vis-à-vis de tout le monde (5). 2^o Tout statut ayant pour but de régler *primario et per se* les biens est réel. — Ce statut n'a lieu que sur les immeubles, car de tout temps on a considéré que les meubles

(1) Lainé, *op. cit.*, t. II, p. 49.

(2) *Op. cit.*, p. 69.

(3) Boullenois, *op. cit.*, p. 163.

(4) Prévôt de la Jannès, *op. cit.*, p. 74.

(5) Merlin, *Répertoire*, aux mots : testament et majorité.

étaient assimilés à la personne, en vertu de l'adage latin : *mobilia personam sequuntur*. — Ce statut lie les habitants d'autres pays ayant des biens dans celui-ci. — Ce statut ne peut, par contre, disposer immédiatement des biens sis dans d'autres pays. — Enfin le statut qui crée une incapacité est réel s'il ne forme qu'une exception sur un point particulier à la capacité de la personne, parce que cette incapacité est créée uniquement en considération des biens.

C'est une constatation remarquable que l'on fait en lisant les auteurs qui ont traité ces questions, que beaucoup d'entre eux établissent comme principe, qu'une incapacité créée spécialement au sein de la capacité générale d'une personne — ce qui, en théorie et en pratique, arrive à tout instant — est forcément réelle car elle n'a été établie qu'en considération de certains biens, pour les soustraire à la capacité générale de l'individu (1). Ils attribuent la constitution de cette incapacité à la conservation ou à la transmission des biens, et leur rattachent la cause de cette exception mise à la condition de la personne. Il n'est venu à l'idée d'aucun d'entre eux que cette incapacité spéciale pût être motivée par une considération non tirée des biens

(1) Un exemple montrera ce qu'il faut entendre par incapacité spéciale ; si une femme autorisée peut vendre tous ses biens, sauf ceux qualifiés de dotaux on disait que sa capacité générale de vendre était restreinte par une incapacité spéciale, en ce qui touchait les biens réputés dotaux et seulement ceux-là.

en eux-mêmes ; aucun n'a songé que le vrai motif de cette dérogation pouvait résider dans l'individu, que ce pouvait être pour des raisons purement personnelles, tirées d'une situation ou d'un état particulier de la personne que cette exception avait été créée ; ils s'étaient butés, pour ainsi dire, dans leur idée, et il ne leur est jamais venu à l'esprit, jusqu'au XVIII^e siècle, qu'ils faisaient peut-être fausse route. Partant d'un principe qui parfois est vrai, souvent inexact, ils ont voulu en faire une règle immuable, et ils sont arrivés à des résultats complètement erronés et de parti pris ; la démonstration s'en fera d'elle-même au cours de notre étude ; et la vérité est bien plutôt de dire que, dans la majorité des cas, mais non pas sans exception, la prohibition de la coutume, quand elle est spéciale, est personnelle.

Certains auteurs modernes (1) s'opposent d'ailleurs, avec raison, à ce principe, qui, pour citer les propres termes de M. Demangeat, « a été imaginé dans l'ancien droit et est encore enseigné par la plupart des jurisconsultes modernes ; il consiste à dire que la loi qui crée la capacité ou l'incapacité d'une personne n'est personnelle qu'autant qu'elle l'établit comme règle de droit commun, comme conséquence de la qualification qui désigne son état en général ; si cette incapacité n'est que particulière, la loi est réelle ; par exemple, la loi qui proclame la capacité du majeur non interdit est

(1) Demangeat, *Revue pratique de droit français*, 1856, p. 54 et suivantes.

un statut personnel ; mais la disposition qui prohibe la vente entre époux serait de statut réel ». Comme le fait ensuite remarquer ce juriste, au xviii^e siècle Prévot de la Jannès avait violemment attaqué cette distinction ; « quand un statut, dit-il (1), est la modification d'un autre, il en suit toujours la nature. Lorsque la loi n'a fait sa disposition que pour suppléer à celle de l'homme et qu'elle permet à ses sujets de disposer de leurs biens autrement qu'elle n'en dispose elle-même, si elle vient ensuite à le défendre à quelqu'un en particulier et suivant certaines modifications, il est visible que ce n'est pas dans le but d'affecter inviolablement les biens à l'ordre qu'elle a établi immédiatement pour ces biens, mais que si elle en interdit la disposition à certaines personnes et dans certains cas, c'est pour des raisons politiques et personnelles. »

Quoique l'on pense de ce système que nous approuvons pleinement, et grâce auquel nous pourrions démasquer la fausseté des conclusions qui résultaient de ce principe admis jadis, il est certain que les jurisconsultes et les arrêts du xvii^e siècle ne l'ont pas connu, et il a fallu arriver jusqu'au milieu du xviii^e siècle pour le voir paraître en doctrine. Mais les résultats pratiques qu'il a donnés sont inappréciables ; au moyen de cette idée d'après laquelle l'incapacité spéciale d'un individu n'est qu'une modification pure et simple de sa capacité

(1) *Op. cit.*, p. 71.

générale, et non pas une règle réelle dont la source est dans la disponibilité plus ou moins grande de ses biens, on arrive à construire des théories formant des tous complets, s'enchaînant complètement d'un bout à l'autre, au lieu de se trouver au centre d'un chaos et d'une confusion de tous les instants, de passer du statut réel au personnel ou réciproquement, alors qu'il s'agit pourtant de deux institutions voisines et liées l'une à l'autre, et de n'avoir en fin de compte qu'un système général hétéroclite et sans direction. Dès maintenant, nous nous rallions à cette théorie qu'on peut appeler nouvelle par rapport à la précédente, quoiqu'elles ne soient ni l'une ni l'autre bien récentes. Cette conception d'après laquelle la modification d'un statut conserve forcément sa nature première nous semble tellement juste et naturelle qu'on peut s'étonner de ne pas trouver avant le XVIII^e siècle de juristes l'ayant partagée. Ce n'est pas par des phrases que nous démontrerons son exactitude. Ce sera au cours de cette étude par des exemples précis, ce qui nous permettra d'établir son double avantage, d'un côté exactitude rigoureuse en principe, de l'autre constitution d'un système général, rationnel, et formant un tout logique, qualité que l'on ne saurait trop rechercher en matière de droit.

Il est bien évident d'ailleurs que les règles ci-dessus énumérées ne valent qu'autant qu'elles sont vraies dans la généralité des cas. Nous venons déjà de voir que certaines d'entre elles étaient inexactes ; nous le verrons

encore dans la suite, chemin faisant. Comme toutes règles, elles ont des exceptions, assez nombreuses même. Nous devons, dès à présent, en signaler une, capitale : Elle déroge, nous l'avons annoncé, au principe du statut personnel qui étend en tous lieux la capacité de la personne, soit qu'il y ait eu convention et contrat, soit que la disposition légale seule ait eu l'occasion de se manifester ; or, ce statut personnel cédera devant le statut réel lorsque la coutume qui l'édicte est prohibitive ; car « on a toujours fait distinction entre les dispositions positives des coutumes et les négatives ; comme les premières ne tendent qu'à régler les parties qui n'y ont pas pourvu, elles n'ont plus d'effet lorsque l'on fait quelque convention contraire ; mais quand elles sont prohibitives, il n'est permis d'y contrevenir, parce qu'autrement la prohibition serait inutile (1) ». Aussi, bien souvent, et notamment à propos des articles 330 et 389 de la coutume normande relatifs au régime matrimonial et au douaire, les auteurs discuteront âprement cette question : la coutume est-elle ou non prohibitive, la réponse donnée entraînant dans un sens la prééminence du statut personnel sur le réel, dans l'autre du réel sur le personnel, étendant la capacité de la personne sur les biens situés en Normandie, ou, au contraire, lui en refusant l'accès. De sorte que, ce qui n'est en réalité qu'une exception, s'est trouvé érigé en règle véritable par la fréquence même de ses applica-

(1) *Œuvres* de Le Maistre, p. 226.

tions, et que la question de prohibition coutumière est une des plus importantes qui soit. D'ailleurs, de la prohibition telle qu'on la concevait autrefois, à la notion d'ordre public telle qu'on la connaît aujourd'hui dans le droit international privé, il n'y a qu'un pas. Et nous verrons qu'en pratique, on en arrive au même point, à limiter l'étendue du statut personnel.

C'est une notion qui autrefois a été fort mal dégagée que cette idée de l'ordre public. Les auteurs ne l'ont pas vue, ou assez mal, la masquant sous l'idée de réalité des coutumes. En fait, la différence n'était pas sensible ; mais, juridiquement parlant, elle était grande, car ils donnaient ainsi une couleur de statut réel à des prohibitions qui n'avaient aucun rapport avec les biens, ou du moins qui ne les visaient pas directement — nous en verrons un exemple à propos des prohibitions relatives de donner ; — et nous verrons que si le statut personnel ne pouvait triompher de ces prohibitions locales, ce n'était pas tant parce que cette prohibition était de caractère réel que d'ordre public abstrait.

Et maintenant que dans l'ensemble de ces règles sur les statuts en vigueur au xvii^e siècle, nous avons signalé celles qui devaient être écartées comme inexactes, et les exceptions essentielles à apporter à quelques-unes, il nous reste à vérifier dans quelle mesure les autres demeuraient justes et pourront nous servir au cours des difficultés que nous allons rencontrer. C'est le sujet même que nous abordons.

PREMIÈRE PARTIE

De l'autorisation maritale et de la capacité de la femme mariée.

CHAPITRE PREMIER

DE LA FEMME MARIÉE SOUS LE RÉGIME DOTAL OU DE COMMUNAUTÉ

Les coutumes de France offraient la plus grande similitude en ce qui touche la nécessité de l'autorisation maritale et la capacité de la femme mariée. Aussi à première vue, il ne semble pas qu'un conflit ait pu jamais éclater, à ce sujet, entre Paris et la Normandie, puisque l'une et l'autre de ces provinces exigeaient l'autorisation maritale pour la validité des actes de la femme. Dès lors, à quoi bon s'occuper de savoir si le statut de l'autorisation maritale était réel ou personnel ? Qu'importait qu'il ait pu s'étendre de Paris en Normandie ou

de Normandie à Paris, puisque, ici comme là, cette formalité était nécessaire ? Mais, si le fonds était semblable, si, à Paris et à Rouen, la femme était rendue incapable par le mariage, les règles de détail différaient sensiblement ; aussi est-ce utilement que l'on peut débattre la question : quelle est la nature du statut d'autorisation maritale ?

La définition que nous avons donnée du statut personnel et réel, permet de se rendre compte immédiatement que le premier de ces statuts est ici seul en jeu. Quelles sont en effet ses conséquences directes ? C'est de créer une incapacité générale de la femme, qui apparaît à tous moments et pour tous ses actes, et qui affecte sa personne exclusivement. Est-ce à dire qu'indirectement et par contre-coup les biens de la femme ne seront pas atteints par cette prohibition d'agir seule ? On n'en peut pas douter, mais il n'en est pas moins évident que cet empêchement mis à leur libre disposition par l'épouse seule, n'est que la conséquence éloignée, la résultante de son incapacité. D'ailleurs, comme le fait remarquer Merlin (1), cette nécessité de l'autorisation n'existe pas seulement pour les actes ayant les biens pour objet. L'article 223 de la coutume de Paris dit : « aucun contrat » ; or, est-il même besoin de dire que nombre de contrats n'ont aucun rapport avec les biens ; le louage de services, le mandat, et tant d'autres.

(1) *Répertoire*, t. I, p. 614.

On peut donc affirmer que ce statut est bien personnel et par conséquent la coutume où la femme aura son domicile, sera celle dont on devra suivre la loi ; tous les auteurs sont d'accord sur ce point (1).

Ceci nettement établi, il reste à examiner les conséquences pratiques à en déduire. Tout d'abord les formes de cette autorisation maritale n'étaient pas identiques à Paris et en Normandie ; à Paris, l'autorisation à partir du xvii^e siècle doit être expresse, c'est-à-dire que dans l'acte même, le mari doit spécifier qu'il autorise sa femme, et le mot : autoriser est exigé à peine de nullité de l'acte. La signature du mari ou sa simple présence auraient été insuffisantes. En Normandie, au contraire, l'autorisation expresse n'était pas de rigueur (2). Sauf le cas où il s'agit de la vente d'un bien, l'autorisation tacite suffit ; la signature, par exemple ; quant à la simple présence, on la considère en général comme insuffisante. Nous en concluons que la femme domiciliée en Normandie passera des contrats valables même vis-à-vis de ses créanciers ou débiteurs parisiens, avec la seule autorisation tacite du mari. La question inverse ne se pose pas d'ailleurs, dans le cas supposé où la femme serait à Paris et les autres parties contractantes en Normandie, puisque la coutume de Paris étant plus

(1) Frolland, *Mémoire sur les statuts*, ch. xiv, p. 1129, Merlin, *op. cit.*, t. I, p. 614. Challine, *Méthode générale*, p. 225. Henrys, t. II, livre IV, ch. vi, p. 612.

(2) Basnage, *Œuvres*, t. II, p. 454. Pesnelle, *Œuvres*, t. II, p. 707.

exigeante que sa voisine, les contrats passés avec l'autorisation expresse du mari seront forcément valables. Mais que décider si la femme domiciliée à Paris, a une résidence en Normandie, et qu'elle y passe des contrats ? pour être valable, la convention devra-t-elle être expressément autorisée ? La réponse dépend du principe auquel on rattache la forme de l'autorisation ; si on considère que sa forme est une condition *sine qua non* mise à la capacité de la femme, on suivra la loi du domicile, c'est-à-dire de Paris, et il faudra une autorisation expresse. Mais, à notre avis, la règle en jeu ici est une règle de pure forme, *locus regit actum* ; cette règle (1). « s'applique aux formalités intrinsèques qui comprennent les formes matérielles qui doivent être observées pour la passation de l'acte, soit en vue d'assurer la libre expression de la volonté des parties, soit en vue de faciliter la preuve ». N'est-ce pas le cas ici ? Au fond, que faut-il à la validité du contrat ? une autorisation. Elle est donnée ; donc la loi réglant la capacité de la femme est satisfaite ; quant à la forme dans laquelle on la donnera, c'est affaire à la loi du lieu où le contrat est passé ; aussi pensons-nous que la simple résidence en Normandie permettra d'autoriser facilement et valablement ; car, si dans les précédents exemples nous avons considéré que la femme domiciliée à Paris devait être expressément autorisée, ce n'est pas à raison de son

(1) Weiss, *Du conflit des lois*, t. III, p. 98.

domicile, mais parce qu'elle avait contracté en cette ville. Ce serait, à notre avis, une erreur d'assimiler la nécessité de l'autorisation en elle-même, au mode dans lequel on la donne ; ce serait confondre le fonds et la forme.

En ce qui concerne l'autorisation donnée à la femme majeure par son mari mineur, nouvelles difficultés. On considérerait à Paris qu'une telle autorisation habilitait la femme à passer un contrat valable. Il n'en était pas de même en Normandie ; cette autorisation était insuffisante (1). Le motif ? il réside en la différence de conception de la puissance maritale dans les deux provinces ; à Paris elle est suffisante, car, dit Basnage, ce n'est pas l'âge qu'on regarde, mais la puissance maritale ; par cela même que le contrôle du mari s'est exercé, l'acte est valable ; en Normandie, on y joint cette idée que l'aliénation des biens de la femme doit être faite avec toutes les garanties possibles ; la vente faite avec une telle autorisation ne sera donc pas valable ; en outre, cette autorisation étant insuffisante, le mari en Normandie pourrait se faire relever de l'acquiescement ainsi donné, si l'aliénation lui avait nui. De sorte que pour savoir si la femme a été valablement ou non autorisée de son mari, il faudra regarder uniquement son domicile au moment du contrat, sans s'occuper de

(1) Basnage, *op. cit.*, sur l'article 438. Pesnelle, *op. cit.*, p. 707. Lamoignon, arrêtés. Titre XXXII, n° 75.

la situation des biens, ni du lieu de la passation du contrat, la question de capacité étant de statut personnel. Ce n'est plus ici une question de forme; le fonds de l'autorisation est en jeu; la capacité qu'a le mari d'habiliter ou non sa femme est de l'essence même de cette autorisation. Si cette capacité lui fait défaut, l'autorisation qu'il donnera sera viciée dans son principe; en réalité, il n'aura pas autorisé du tout puisque la loi de son domicile ne lui donnait pas la capacité nécessaire. Aussi croyons-nous qu'ici, la simple résidence à Paris d'époux domiciliés en Normandie serait insuffisante pour permettre au mari mineur d'autoriser sa femme.

Si la femme non autorisée avait passé un contrat, la ratification du mari par la suite le rendait-elle valable et inattaquable? à Paris, non (1). En Normandie, oui (2) Il ne suffirait pas à Paris, pour que le contrat fût valable que l'autorisation du mari fût survenue depuis le contrat, car cet acte ayant été absolument nul, faute d'autorisation, n'a pu être confirmé, le néant n'étant pas susceptible de confirmation; si la jurisprudence l'a parfois admis, l'acte ne devient valable que du jour de la ratification et sans rétroactivité. Au contraire, dit Basnage, « il faut faire cette distinction que, quand l'autorisation est requise pour la solennité et pour rendre

(1) Lamoignon, *op. cit.*, titre XXXII, n° 79. Auzanet, *Coutume de Paris*, p. 162.

(2) Basnage, t. II, p. 454.

habile à contracter, son absence entraîne nullité ; si l'autorisation est nécessaire seulement dans l'intérêt de celui qui veut consentir, elle est valable même si donnée après. L'autorisation maritale est de cette sorte, car son seul but est le respect de la puissance maritale ». Solution assez bizarre pour la Normandie qui semble contradictoire avec celle donnée pour l'autorisation du mari mineur et qui est ici assez peu protectrice des intérêts de la femme. Mais ce qui importe surtout, c'est de savoir qu'il faudra suivre la loi du domicile des époux pour décider si la ratification sera possible, puisque c'est une pure question de capacité. Quant au cas où l'acte passé à Paris, serait plus tard ratifié en Normandie après un changement de domicile, nous l'étudierons lorsque nous en viendrons à l'influence de ces changements sur la capacité de la femme.

Les difficultés auxquelles les auteurs font le plus souvent allusion sont relatives à l'autorisation tantôt nécessaire, tantôt inutile à la femme pour la confection de son testament. Cette question du testament doit d'ailleurs être examinée à un double point de vue : d'abord quant à l'âge exigé pour le faire valablement ; ensuite quant à l'autorisation maritale.

L'article 293 de la coutume de Paris disait que pour tester des meubles, acquêts et conquêts immeubles, il fallait avoir 20 ans accomplis et pour tester du quint des propres 25 ans (1). En Normandie, 20 ans suffisaient

(1) Il n'y a pas à tenir compte ici de l'article 294 qui décidait que

pour tous biens ; et cette différence d'âge, nous explique Merlin (1), vient de ce que dans ces deux provinces « l'âge de tester et la pleine majorité sont la même chose ; 25 ans complets dans l'une, 20 ans dans l'autre rendent majeur et habile à tester, et c'est la première qualité qui est le principe de la seconde ». Dès lors, le conflit va naître dans les conditions suivantes : la femme normande âgée de plus de 20 ans et de moins de 25 ans pourra-t-elle disposer par testament des biens propres qu'elle a à Paris — étant donné, bien entendu, que nous n'envisageons ici que la question de capacité, c'est-à-dire la possibilité de tester et non pas la quotité de biens disponible, en supposant la femme reconnue capable. — ? L'affirmative était universellement admise de nos anciens auteurs (2) et il est certain que la disposition des propres sis à Paris était pleinement valable pour la femme normande, domiciliée en Normandie, et n'ayant pas 25 ans. Les mots : domiciliée en Normandie, peuvent faire naître une objection. Si la femme normande était domiciliée à Paris, en serait-il de même ? En général, lorsqu'on suit les règles du statut personnel, on se réfère à la loi du domicile de l'individu dont s'agit ; mais ici on décidait qu'il fallait suivre la loi

le testateur n'ayant que des propres exclusivement pourrait tester à 20 ans, puisque ici, par hypothèse, la femme étant toujours mariée et commune en biens, pouvait disposer de la part de conquêts à laquelle elle avait droit.

(1) *Op. cit.*, au mot ; testament, p. 269.

(2) Merlin, *op. cit.*, testament, p. 269.

du domicile d'origine, où l'on était né, et que l'âge exigé pour tester serait réglé par cette loi, indépendamment de tout changement ; de sorte que la Parisienne allant demeurer en Normandie ne pourra pas tester cependant avant 25 ans (1). Suivra-t-on également les règles du statut personnel en ce qui concerne la seconde question ? la femme domiciliée à Paris pouvant tester sans l'autorisation de son mari, la femme domiciliée en Normandie ne le pouvant pas, la première pourra-t-elle disposer seule de ses biens sis en Normandie ? faudra-t-il à la seconde le contrôle de son mari pour léguer ses biens de Paris ?

A lire Merlin (2) un doute peut naître sur la solution à donner. A cette question, faut-il suivre la coutume du domicile ou celle de la situation des biens, Merlin prétend que la réponse dépend de l'idée qu'on se fait de la puissance maritale. Si l'on considère la puissance maritale comme créant une incapacité générale de la femme, et de statut personnel, lorsqu'on lui rendra une capacité partielle en lui permettant de tester sans autorisation, cette dérogation à son état sera de statut réel ; *a contrario* le statut lui interdisant de tester non autorisée serait personnel, puisque conséquence de son incapacité générale. Si l'on considère la puissance maritale comme une défense particulière et spé-

(1) Mailher de Chassat, *op. cit.*, p. 45. Houard, *Dictionnaire normand*, au mot majorité, t. III. Boullenois, *op. cit.*, p. 135.

(2) *Op. cit.*, mot testament, p. 264.

ciale mise à la capacité générale que la femme avait tant que non mariée, cette incapacité née de la puissance maritale sera, conformément aux principes, de statut réel ; par suite, lorsqu'une femme pourra tester sans autorisation, on dira que le statut personnel s'applique ; au contraire, lorsqu'il lui faut une autorisation, nous retombons dans l'incapacité spéciale créée par le mariage, c'est-à-dire de statut réel.

Ce raisonnement de Merlin confirme exactement ce que nous disions récemment(1), que les auteurs n'admettaient pas qu'une incapacité spéciale pût être motivée par des considérations autres que tirées des biens en eux-mêmes et de statut réel ; or, il y a peu de cas où la fausseté de cette conception apparaisse mieux qu'ici ; et que l'on adopte l'une ou l'autre de ces théories sur la puissance maritale, on arrive ainsi à une conclusion absolument erronée. Si l'on est d'accord avec la deuxième opinion pour regarder la capacité de la femme mariée comme spéciale, on établit une contradiction à quelques pages de distance ; que vient-on de dire ?... l'autorisation maritale est nécessaire pour tout contrat, même sans rapport avec les biens ; et ici, on considérerait que l'incapacité créée à la femme par cette autorisation, qui est l'exercice de la puissance du mari, est réelle, parce qu'elle n'existe qu'à raison des biens ! Et ce n'est pas tout ; même en prenant la

(1) Voir pages 15 et suivantes.

première théorie qui fait de la capacité de la femme mariée une règle générale, et des dispositions relatives à son testament une règle spéciale et réelle, on méconnaît les principes que l'on admet pour expliquer ces dispositions, à savoir respect des dernières volontés, nécessité de laisser à la femme une liberté plus grande dans des actes que l'on regarde toujours comme quasi sacrés ! Voir un statut réel, lorsqu'on lui rend la liberté de tester, c'est aller à l'encontre de tous les fondements moraux du testament !

La double inexactitude de cette façon de voir, éclate donc ici d'une manière péremptoire ; c'est un véritable flagrant délit d'erreur absolue que l'on constate, et il est difficile, après un tel exemple, de nier que la doctrine que nous avons adoptée ne soit bien préférable. Et pourtant Merlin n'a pas vu à quel point il faisait fausse route, puisque, considérant les solutions qu'il a déduites comme seules exactes, et s'étonnant de les voir en contradiction avec le résultat pratique généralement admis, — ce qui prouve bien que tous, sans l'avouer, sentaient pourtant qu'un tel principe statutaire n'était pas toujours vrai, — il cherche à se concilier avec le résultat accrédité ?

Des deux opinions proposées quant à la façon de concevoir la puissance maritale, il est de toute évidence que la première fut à peu près universellement et toujours admise ; dès lors, puisqu'il y avait là une incapacité générale de statut personnel, et qu'il fallait

pourtant mettre d'accord les principes et la pratique, « rien n'empêche, dit-il, qu'une coutume ne renferme, par rapport à la puissance maritale, deux statuts également personnels bien différents l'un de l'autre ; tels seraient par exemple ceux-ci : une femme mariée ne peut aliéner sans autorisation ; une femme mariée n'a pas besoin d'autorisation pour tester ; le premier de ces deux statuts est personnel parce qu'il dérive de l'incapacité que la coutume attache à l'état d'une femme soumise à la puissance maritale ; le second est de même nature, parce que la coutume n'ayant point étendu les effets de la puissance maritale jusqu'aux actes de dernière volonté, la femme conserve à cet égard la capacité d'état que lui donnent les qualités dont l'assemblage est nécessaire au testateur. » Il en vient donc, malgré lui, à cette idée de capacité particulière motivée par des considérations purement personnelles ; mais il voyait une exception dans ce qui était, en réalité, une des faces d'un principe que l'on s'obstinait à ne regarder que d'un seul côté ; et c'est dans de tels cas qu'on apprécie justement le système de Prévot de la Jannès : toute modification d'un statut lui emprunte sa nature.

D'ailleurs, cette discussion ne modifie en rien les solutions acquises et la généralité des arrêts établit la personnalité du statut en matière d'autorisation testamentaire. La femme normande ne peut tester qu'autorisée même sur ses biens de Paris (1) et la parisienne

(1) Frolland, *Mémoires sur le Velléen*, p. 489.

pourra disposer seule de ses immeubles normands (1). La loi à suivre à ce propos est donc la loi du domicile de la femme, du domicile d'habitation et non plus d'origine, comme nous l'avons vu exceptionnellement pour l'âge nécessaire à la confection du testament. Donc, si la femme ayant effectué un simple changement de résidence passe d'une province dans l'autre, les règles relatives à sa capacité ne seront pas modifiées, conséquence logique de la personnalité du statut. Mais un changement de domicile n'aurait-il pas de plus graves conséquences ?

Il faut, pour étudier cette hypothèse, distinguer deux cas. Dans le premier, la femme change de domicile avant d'avoir testé ; dans le deuxième, on supposera que le testament est déjà fait. Si une femme passe de Paris où elle peut tester librement, en Normandie, où cette faculté lui est enlevée, faudra-t-il aussi pour qu'elle teste valablement l'autorisation maritale du jour de son changement de domicile ? cette question d'ailleurs nous conduit insensiblement à un point plus vaste et plus général ; le changement de domicile influe-t-il sur la capacité de la femme ? Nombre d'auteurs considèrent que cette mutation influe sur sa capacité ; — nous supposons bien entendu que ce changement n'est pas le fait seul de la femme, car si le mari continue à demeurer à Paris, bien que sa femme « soit par goût, soit

(1) Boullenois, *op. cit.*, p. 125.

par humeur, habite en Normandie, elle n'en est pas moins réputée avoir son domicile à Paris (1) ». — La loi du domicile étant celle qui affecte la personne, elle la suit partout où elle se transporte. De là il suit forcément qu'en changeant de domicile, on peut changer ses habitudes, puisque nous ne les tenons que de la loi du domicile (2). Il est naturel et équitable en effet, disait-on, que les droits que la femme tient de la loi du domicile se modifient quand ce domicile n'est plus le même. Or, c'est justement cette modification de capacité que le libre arbitre du mari pouvait à tout instant faire naître, puisque sa femme devait le suivre en tous lieux, qui a conduit quelques juristes à scinder en deux catégories les droits de la femme, de telle sorte que si les uns subissent les conséquences d'un changement de domicile, les autres n'en souffrent pas. D'un côté, la femme subira les modifications apportées à sa capacité, dans la mesure où sa faculté de tester ou de s'obliger est un jeu. De l'autre elle gardera entiers les droits qu'elle a comme femme dotale ou commune en biens, droits acquis par elle définitivement dès le mariage, même si le domicile est transporté ensuite en un pays où ces droits de communauté sont inconnus. La base de ce critérium n'est pas arbitraire ; elle repose sur une

(1) Roussilhe, *Traité de la dot*, p. 76.

(2) Boullenois, *op. cit.*, p. 135.

idée d'équité (1). Lorsque le mari trouverait un avantage à la modification de la capacité de sa femme, le changement de domicile sera sans conséquences ; s'il n'y gagne rien, au contraire, la femme n'aura plus les mêmes droits. Opinion excellente qui conciliait heureusement à cette époque les règles du statut personnel et les garanties de la femme contre les fraudes possibles du mari. Nous reviendrons d'ailleurs sur cette question du changement de domicile d'une façon plus étendue à propos des régimes matrimoniaux ; nous comparerons les règles admises en cette matière avec celle que l'on suivait ici et nous pourrons voir alors combien est préférable le système suivi de nos jours sur toutes ces questions ; mais il est bien évident, que de toutes les théories connues jadis sur ce sujet, la dernière que nous avons exposée est de beaucoup la moins mauvaise.

Ces règles générales étaient aussi de mise en matière de testament, qui a été le point de départ de notre discussion. On constate facilement que le mari n'a aucun avantage pécuniaire, sinon moral, à faire perdre à sa femme la faculté de disposer sans son autorisation ; *a fortiori*, y perdrait-il plutôt, dans le cas où elle acquerrait cette liberté en venant à Paris. Il faut donc conclure que le changement de domicile influe sur la capacité à ce point de vue ; certains auteurs l'ont nié (2), précur-

(1) Boullenois, *Questions qui naissent de la contrariété des coutumes*, question 19, p. 399.

(2) Merlin, au mot autorisation maritale.

seurs de l'opinion qui devait dominer au ^{xix}^e siècle ; mais au ^{xvii}^e, la majorité se ralliait à la doctrine de la modification de capacité.

Il faut d'ailleurs remarquer que cette solution n'était rigoureusement exacte qu'en ce qui concerne les droits que la femme tient de la loi ; quant aux droits qu'elle peut posséder en vertu d'un contrat, il en était autrement. Si les premiers se modifient parfois à chaque changement de domicile, — nous avons vu suivant quelles distinctions, — les seconds restent immuables, ce que nous aurons l'occasion de voir à propos des régimes matrimoniaux établis par contrat ; mais dès maintenant même, nous pouvons entrevoir un cas analogue, puisque il paraît certain que la femme normande pouvait, par contrat de mariage, se réserver le droit de tester sans autorisation. *A fortiori*, la parisienne pouvait-elle se ménager cette faculté en prévision du cas où elle irait en Normandie ; dans ce cas elle gardait son droit de tester librement, tandis que, faute de cette précaution, elle devenait, du jour au lendemain, incapable de disposer seule. Faculté précieuse pour elle, mais à peu près impossible en pratique, puisque si les contrats de mariage avaient dû prévoir les modifications conventionnelles possibles à toutes les coutumes existantes pour le cas d'un changement de domicile au cours du mariage, les contrats auraient atteint le volume d'un véritable coutumier.

Lorsque le testament avait été fait à Paris, puis que

les époux allaient demeurer en Normandie, la nécessité d'une autorisation postérieure à la confection du testament était-elle nécessaire pour le rendre valable au jour du décès de la femme? Il paraît bien qu'on doive incliner pour la négative. Dans la rigueur des principes, il semble au contraire que l'on doive exiger cette autorisation postérieure (1) ; pour qu'un testament, en effet, soit valable, au jour du décès, il faut avoir la capacité de tester (2) ; or, cette femme ne l'a pas, puisque non autorisée ; il y a ici une incapacité de droit résultant de l'absence d'autorisation maritale. Mais ne peut-on répondre que ce testament, quoique non ratifié, n'en sera pas moins valable puisque cette condition d'autorisation requise en Normandie n'est nécessaire qu'au jour de la confection, analogue, en cette espèce, à un élément de l'acte ; or, peut-on contester que les formes de l'acte soient réglées par la loi du lieu où il a été passé? *A priori*, on ne voit pas l'intérêt qu'il y a à envisager le cas où une femme normande irait ensuite à Paris ; et pourtant cet intérêt existe, car il suffit de supposer que la femme avait testé en Normandie sans autorisation ; le changement de domicile rendra-t-il valable un testament qui serait resté nul si les époux n'avaient pas quitté la province ? La logique fait répondre : non. Les motifs que nous venons de donner

(1) Pothier, édition Bugnet, *Traité de la puissance maritale*, p. 18.

(2) Boullenois, *op. cit.*, p. 135.

dans la première hypothèse militent ici aussi en faveur de la négative, et c'était bien d'ailleurs aussi la solution adoptée (1).

La question que nous avons soulevée relativement à la loi qu'il était nécessaire de suivre en matière de ratification des actes passés par la femme sans le contrôle du mari, — ratification qui, on se le rappelle, n'était admise qu'en Normandie, — dans le cas où un changement de domicile serait survenu entre le jour de la passation de l'acte et de sa ratification, se trouve résolue par les mêmes principes que ci-dessus. De même que pour savoir si un testament a été fait valablement ou non, eu égard à la question de l'autorisation, on considère le domicile où il fut fait, de même on considérera uniquement le domicile des époux lorsque le contrat a été passé. La ratification sera possible ou non indépendamment de tout changement postérieur. La ratification d'un acte passé en Normandie sera possible à Paris; et la réciproque, en sens inverse, sera également vraie. Cette solution n'est d'ailleurs pas une déduction que nous tirons de la règle particulière en matière de testaments, pour en faire un axiome général. Mais c'est l'opinion unanime. En effet, la question de ratification n'est pas autre chose que la question d'autorisation sous une forme un peu spéciale. Or, sans discuter ici le point de savoir si la femme peut aliéner,

(1) Pothier, *op. cit.*, p. 18.

hypothéquer, ou donner ses biens, il est indiscutable que la condition primordiale à ces opérations, dans les cas où elles seront possibles, soit l'autorisation maritale ; l'obligation contractée par la femme autorisée est valable ; non autorisée elle est nulle ; or, on n'a jamais douté que leur validité ou nullité ait dépendu uniquement du lieu où la femme était domiciliée lors de la passation du contrat, au temps où les obligations ont été contractées (1). L'obligation contractée à Paris par la femme est nulle ; en Normandie elle est nulle sauf ratification ; cette qualité, propre à l'obligation lorsqu'on l'a passée, subsistera toujours, nonobstant tout changement de domicile dans la suite.

L'autorisation maritale étant également exigée en Normandie et à Paris, son défaut entraînera nullité. Mais cette nullité même différerait profondément. A Paris, c'était une action qui n'appartenait qu'aux deux époux — article 223. — En Normandie, au contraire, elle fut toujours absolue ; or, les auteurs (2) étaient d'accord pour reconnaître que lorsqu'il s'agit de la nullité d'un acte, c'est la loi du domicile qu'il faut suivre au moment où l'acte a été fait ; ce qui revient à dire que les caractères de la nullité, eux aussi, sont de statut personnel ; et que, ce contrat une fois passé, si les époux vont demeurer en Normandie, eux seuls resteront aptes à demander la nullité faute d'autorisation.

(1) Frolland, *op. cit.*, chap. VII, p. 468.

(2) Frolland, *op. cit.*, p. 4429.

Les deux coutumes étaient d'ailleurs d'avis identique, pour dispenser la femme de toute autorisation lorsqu'il s'agissait pour elle de s'obliger afin de tirer son mari de prison où il était incarcéré pour dettes. Toutefois, tandis que la coutume de Paris ne mettait à cette exception aucune restriction, en Normandie on exigeait le consentement de la justice et un avis favorable des parents de l'époux — en ce qui concernait du moins ses biens dotaux (1). — Ce consentement spécial, le faudra-t-il à la femme normande vendant ses biens de Paris? la parisienne aliénant ses biens normands en sera-t-elle dispensée? A lire Boullenois (2) on serait tenté de croire cette autorisation de statut réel et, par suite, demandée seulement dans les limites de la Normandie. Mais il est permis de douter de l'exactitude de cette opinion; car cette autorisation spéciale combinée de justice et de famille est inséparable malgré tout de la question de la capacité de l'épouse; qu'elle soit maritale ou supplétive de justice, l'autorisation est intimement liée à la condition de la personne; or, qui dit capacité ou condition, dit statut personnel. Nous croyons donc que la femme normande devra requérir cette autorisation subsidiaire même pour vendre ses immeubles de Paris, et que, dans l'hypothèse inverse, elle sera inutile. Et cette solution est si étroitement en rapport

(1) Placités de 1666, article 128.

(2) *Questions*, p. 302.

avec les précédentes, le raisonnement le plus élémentaire y conduit si naturellement, qu'on ne peut que se demander comment l'on avait même pensé à adopter une autre façon de voir.

CHAPITRE II

DE LA FEMME SÉPARÉE DE BIENS

La séparation de biens, de même qu'aujourd'hui encore, n'avait pas pour effet de faire cesser la puissance maritale ; son seul but était de retirer au mari l'administration et la jouissance des biens de la femme et de les confier à cette dernière, mais son autorité de chef et la nécessité de l'autorisation en principe, sinon en pratique subsistaient toujours. Il y a loin, en effet, souvent, de la théorie à la pratique, et la preuve en apparaît bien ici. A Paris, la femme séparée de biens avait besoin de cette autorisation — si l'article 234 ne le dit pas expressément, la jurisprudence ne nous laisse aucun doute à ce sujet — pour aliéner, hypothéquer, ou donner ses biens. Mais en ce qui concernait leur administration, et même tous actes de disposition sur ses meubles ou re-

venus, elle était absolument libre, et, dans cette mesure, on allait même jusqu'à lui permettre de plaider seule et non autorisée. En Normandie la coutume était notablement différente. Le principe était bien le même que lorsqu'elle était femme dotale; son testament devait toujours être fait sous le contrôle du mari (1), mais les modifications pratiques étaient autres. De même qu'à Paris, elle reprenait le gouvernement de ses biens; de même elle pouvait disposer librement des meubles (2). Mais pour les immeubles, les solutions n'étaient plus identiques; quant à ceux qui lui appartenaient d'avant la séparation ou qui lui étaient échus par succession, elle ne pouvait les vendre ou les engager sans l'avis de ses parents et l'autorisation de justice, toute autorisation maritale étant insuffisante dans ce cas, ce qui s'explique par ce fait que, après la séparation de biens, le mari n'étant plus tenu du emploi des biens dotaux de sa femme, aliénés, son autorisation ne procurait plus aucune garantie. Pour ceux acquis onéreusement depuis la séparation, elle pouvait les engager seule, sans aucun consentement, depuis le règlement de 1666, article 126. A un double point de vue, il y a donc des différences avec la coutume de Paris; tantôt on exigeait une autorisation de justice inconnue à Paris; tantôt on négligeait même de demander un contrôle du mari im-

(1) Basnage, *op. cit.*, sur l'article 417.

(2) Pesnelle, *op. cit.*, sur les articles 392 et 538.

posé dans la plupart des autres provinces. Et, qui plus est, l'article 127 des placités décidait qu'en cas d'aliénation d'immeubles acquis avant la séparation sans les formalités voulues, les engagements étaient exécutoires cependant sur ses meubles et revenus, tandis qu'à Paris tout engagement contracté sur ses immeubles et non autorisé du mari, aurait été absolument dénué d'effets.

Les auteurs normands expliquent la nécessité de cette autorisation de justice par cette idée que la séparation de biens est un remède pour protéger les biens de la femme, et non une institution pour lui permettre de les aliéner (1), et créée dans le seul but de lui donner la faculté de vivre librement (2). D'ailleurs, nous n'avons ici qu'à constater les faits et à chercher les résultats des conflits possibles entre les deux provinces. Le problème se présentait d'une façon analogue à celui déjà vu dans le cas où la femme cherche à tirer son mari de prison. La femme normande, domiciliée en ce pays, a-t-elle ou non besoin de la double autorisation exigée en cette province pour disposer de ses immeubles sis à Paris ? On jugeait qu'elle était nécessaire (3), mais les motifs invoqués pour justifier ces arrêts et l'extension en tous lieux de cette règle n'étaient pas tous identiques. On l'a expliquée en invoquant un principe posé par Du-

(1) Basnage, t. II, p. 456.

(2) Basnage, t. II, p. 95.

(3) Frolland, *Mémoires sur le Velléien*, p. 191. *Mémoires sur les statuts*, p. 826.

moulin, d'après lequel toute coutume, lorsque l'ordre public et l'équité naturelle sont en jeu, doit s'étendre partout, hors son territoire (1). Cette explication a, à notre avis, l'inconvénient de paraître apporter une dérogation à la règle de la réalité des coutumes, d'après laquelle le statut réel s'étendrait hors de son territoire, — puisqu'il s'agirait de questions de transmission, de conservation de biens, ce qui dépend du statut réel -- sous le prétexte de l'influence de l'équité et de l'ordre public ce qui serait exorbitant des principes ordinaires. La nécessité de cette autorisation supplétive apparaît donc ainsi comme de statut réel, quoique s'étendant partout, en vertu d'une notion supérieure de justice. Toutefois, il ne semble pas que cette opinion doive être ainsi adoptée, et il ne nous paraît pas bon d'entrer dans ses

(1) Dumoulin, *Œuvres*, t. III, p. 556, *nisi statutum non fundaretur in sola voluntate, sic volo, sic jubeo, nec sola ratione conservandorum bonorum sui territorii, sed in ratione boni universi, et in causa habente concursum justitiæ naturalis, vel juris communis... habet enim locum in subditis non solum pro bonis sitis in Neustria, sed etiam ubique*, ce que Frolland traduit par les considérations suivantes : en général les immeubles sont régis par la loi du lieu de leur situation ; « mais quand il y a une loi impérative, qui lie les mains à la personne sans lui laisser aucune liberté d'agir, qui n'a pas seulement pour objet la conservation des biens dans le lieu de son établissement, mais vouloir encore lui procurer le même avantage à tous ceux qu'elle possède ailleurs, nonobstant la réalité des coutumes, car alors l'intérêt public et l'équité naturelle concourent avec elle, la règle générale cesse ». Et Frolland applique ce raisonnement à la nécessité de l'autorisation de justice et de famille pour la femme séparée de biens, ce qui explique, dit-il, son extension en tous lieux.

vues. Comme nous l'avons remarqué plus haut (1), dans un cas absolument analogue, il ne s'agit pas ici d'une question de conservation de biens à assurer d'une façon déterminée, en quelques lieux qu'ils soient situés, et toujours la même, mais de capacité. Au lieu d'y voir une exception considérable à la règle des statuts réels, ne vaut-il pas mieux y trouver une application pure et simple du statut personnel ? Qu'importe que ce soit telle ou telle autorisation ; c'est toujours la capacité de la femme qui est en jeu, et cette conception paraît bien avoir été aussi celle de la majorité des juristes. La loi de son domicile la rend inhabile et incapable, sauf contrôle de justice : c'est de la personnalité, ni plus ni moins. Si l'on établit la réciproque de cette proposition on en arrive à conclure que la Parisienne séparée de biens pourra vendre, autorisée de son seul mari, ses biens de Normandie ; avec le statut personnel, c'est une solution incontestable. Mais, si l'on voit dans la nécessité de l'autorisation de justice, une protection particulière du régime dotal, cette garantie disparaîtra ainsi, et c'est justement ce que certains auteurs n'ont pas voulu admettre (2). La femme séparée a, selon eux, la capacité générale de disposer de ses biens ; dans un cas particulier, une incapacité spéciale est créée ; par application des règles dites générales, cette incapacité doit

(1) Voir page 40.

(2) Opinion citée par Frolland, *op. cit.*, p. 1137. Boullenois, 15^e question, p. 304.

être réelle ; par conséquent, la femme domiciliée à Paris devra obtenir la double autorisation nécessaire pour vendre ses biens de Normandie ; la règle de la coutume normande prenait ainsi un caractère réel absolu. Une fois de plus, cette théorie de l'incapacité spéciale, soit disant réelle, apparaît ici. Ce n'est pas à raison du bien en lui-même qu'il faut cette autorisation à la femme ; c'est parce qu'il y a eu séparation de biens dans le but de protéger la femme ; le mari a perdu la jouissance et l'administration de ses biens, parce que la femme aurait été ruinée ; et si, une fois séparée, la femme ne peut aliéner librement son bien, c'est pour éviter qu'elle ne se dépouille inconsidérément et lui assurer toujours de quoi vivre ; c'est pour remplacer l'autorisation maritale insuffisante ; c'est une conséquence de son état de femme mariée qui subsiste toujours. Il n'y a donc pas dans la coutume une règle visant les biens *primario* et *per se* ; il n'y a qu'un statut relatif directement à la personne de la femme, à sa capacité, et même en y voyant une capacité spéciale, qui n'a sa raison d'être que dans sa condition même de femme séparée et non pas dans des considérations purement immobilières. Pour faire triompher l'opinion de Boullenois, il faudrait distinguer dans la coutume normande, un double statut, l'un personnel vivant la capacité de l'épouse, l'autre réel, ayant trait à la transmission des immeubles ; de la sorte la femme normande ne pourrait aliéner ses immeubles de Paris sans la double autorisation, sa condition étant en

effet réglée par la loi normande — statut personnel s'étendant en tous lieux. — Par contre, la femme de Paris pourrait aliéner, seulement autorisée de son conjoint, ses biens de toutes provinces — statut personnel — sauf ceux de Normandie où la coutume aurait un caractère d'ordre public prohibitif, le statut personnel cédant en effet devant lui. Ainsi il faudrait prouver, pour faire triompher cette opinion, ou que le statut normand était prohibitif, ce qui n'a jamais été démontré en cette matière, ou qu'il s'agit d'une incapacité spéciale vraiment réelle, ce que nous avons montré être faux. Il ne reste donc rien à opposer à la doctrine qui voit dans cette double autorisation un statut pur personnel, assimilable de tous points à l'autorisation maritale.

Il y avait une autre difficulté au sujet de la séparation de biens. Un édit du 30 août 1555 (1) avait rendu obligatoire en Normandie la publicité de la séparation soit contractuelle, soit judiciaire, pour être opposable aux créanciers du mari. A Paris, malgré l'utilité de cet édit, aucun texte de loi n'ayant formulé cette obligation, toute publicité était inconnue. Nouveau conflit. La femme domiciliée à Paris, ayant des immeubles en Normandie, doit-elle faire publier sa séparation pour l'opposer valablement aux créanciers (2). A notre avis, lorsqu'il s'agit de publicité d'actes, il faut appliquer la

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot : séparation de biens.

(2) Il est évident que la question inverse ne se pose pas.

règle *locus regit actum*, et même en ce cas, nous estimons être dans le vrai, car, ne peut-on dire que la séparation de biens soit un véritable contrat vis-à-vis duquel une publicité, nécessaire ici, inutile là, joue le rôle d'un élément de forme ; dès lors n'est-il pas évident que la loi du lieu de la passation du contrat doive seule être prise en considération, et que par suite un acte valable en sa forme locale soit valable partout ? c'est pourquoi la parisienne ne devrait être astreinte à aucune publicité, même ayant des immeubles en Normandie, pourvu que son contrat ait été passé à Paris (1). La théorie que nous admettons ici peut cependant paraître complètement fausse, car il est aujourd'hui très fréquemment soutenu que toute publicité ordonnée par la loi pour rendre un acte opposable aux tiers, échappe à la règle *locus regit actum* et tombe purement et simplement sous le coup du statut réel, cette publicité ayant un caractère d'ordre public, et ne se rattachant pas exactement aux éléments formels du contrat ; de sorte que, en pratique, avec cette opinion, on en arrive à exiger une publicité que nous jugeons inutile. Il nous semble cependant que notre façon de voir peut se défendre ; car nous avons des exemples que cette règle, admise aujourd'hui, à propos des publicités, comme exacte, ne l'était pas autrefois. Lorsque nous étudierons l'hypothèque de la femme

(1) Voir sur ce sujet la thèse de M. Febvre, Paris, 1885. De la règle *locus regit actum*, p. 80.

mariée, nous verrons un article de la coutume même, et non seulement des arrêts, soumettre la publicité au principe, *locus regit actum* : or, aujourd'hui, on la dit de statut réel, ou plutôt d'ordre public. Ainsi nous nous basons sur un argument d'analogie tiré de ce qui se passait jadis en matières analogues plutôt que de ce qui se décide aujourd'hui. D'ailleurs, même de nos jours, il est des auteurs qui soutiennent excellemment (1) que la question de publicité de séparation de biens n'intéresse en rien l'ordre public, et que par suite la règle *locus regit actum* s'y applique parfaitement ; ce qui constitue un précieux appoint en faveur de notre opinion.

CHAPITRE III

DE LA FEMME MARCHANDE PUBLIQUE

La marchande publique, entendons par là la femme qui exerce un commerce séparé de son mari et pour son propre compte, a toujours bénéficié, de la part des législateurs, de règles particulièrement favorables.

(1) Weiss, *op. cit.*, t. III, p. 542.

On considérerait à Paris — article 234 — que la marchande publique pouvait sans aucune autorisation maritale vendre ou engager tous ses meubles et immeubles, même propres, dans la mesure où il s'agissait de son commerce, différence considérable avec la femme séparée de biens, à ce dernier point de vue, on s'en souvient. La femme commerçante pouvait-elle en Normandie engager aussi ses biens dotaux à ses créanciers, ou les vendre ? La jurisprudence du parlement de Rouen est assez indécise sur ce point : à trois années de distance, on trouve deux arrêts contradictoires, le premier penchant pour l'affirmative, le second pour la négative (1). Ce second jugement répond au sens général de la coutume et c'est à cette opinion que se rallient les commentateurs (2). Cette opinion d'après laquelle la marchande publique ne pourrait engager ses biens dotaux, même avec l'autorisation maritale, a été reproduite encore tout dernièrement (3). A notre avis, cette façon de voir n'est exacte que partiellement, et donne une étendue trop absolue au texte de Basnage. L'arrêt de 1660 qui refuse à la femme la validité de ses engagements vise une femme séparée de biens, pour laquelle, on le sait, il existe des règles spéciales, entre

(1) Basnage, *op. cit.*, t. II, p. 461. Arrêts du 3 décembre 1657 et 9 juillet 1660.

(2) Pesnelle, *op. cit.*, p. 709 en note.

(3) Thèse de M. Ranchon, Paris, 1897, *Du régime de la dot en Normandie*, p. 108.

autres, insuffisance de l'autorisation maritale. En outre, Basnage nous dit, sur l'article 538 : « La femme marchande publique n'a point plus de liberté de disposer de ses biens que la femme qui est séparée ;.... ni la femme séparée, ni la marchande publique ne peuvent engager ni aliéner leurs biens dotaux quoique leurs maris les autorisent et y prêtent leur consentement ». Nous ne voyons pas dans cette phrase une énumération de cas où la femme ne peut engager ses biens dotaux, même autorisée ; mais un argument de plus de l'auteur qui, discutant sur cet arrêt, fait remarquer que, étant déjà femme séparée, sa qualité de marchande publique ne peut la relever des déchéances, si l'on peut dire, qu'elle a subies ; les mots « n'a point plus de liberté » nous semblent bien prouver qu'il envisage une femme qui était déjà séparée avant que d'être commerçante ; au contraire, nous pensons que si elle n'était pas séparée, elle aurait, autorisée du mari, valablement aliéné ses biens ; qu'on lise en effet ces lignes écrites ensuite par Basnage : « La femme marchande publique peut obliger ses biens, et peut véritablement les aliéner du consentement de son mari ; mais pour faire subsister ces aliénations, il faut qu'elle en trouve le remplacement sur les biens de son mari », et plus bas : « Quand la femme pourrait engager ses immeubles, ce ne serait qu'en cas que le bien du mari fût suffisant pour en porter le remplacement ». Le mari étant ainsi obligé et tenu indirecte-

ment du contrat passé par sa femme, l'engagement de cette dernière avec l'autorisation maritale, doit être parfaitement valable. Nous pensons donc que la vraie différence qui sépare la marchande publique dans ces provinces ne consiste pas en ce qu'en Normandie l'aliénation est absolument impossible même avec le consentement du mari, sauf la double autorisation supplétive, mais qu'il lui faut le contrôle de son conjoint, tandis qu'il est inutile à Paris. Quant au conflit qui se produira, on revient à une simple question d'autorisation maritale, de capacité, de statut personnel.

Fallait-il à la marchande publique une autorisation pour plaider ? en Normandie elle était inutile (1), à Paris, on l'exigeait ; c'est du moins ce qu'on déduisait habilement (2) des articles 224 et 234 combinés de notre coutume, le premier n'exceptant de la nécessité de cette autorisation pour plaider que les femmes séparées, le second, visant les obligations et comprenant à la fois les femmes séparées et commerçantes. Nouveau conflit ; nouvelle solution identique, qui oblige à suivre la loi du domicile puisqu'il s'agit d'une question de capacité, de même que nous l'avons toujours appliquée dans les pages qui précèdent.

(1) Pesnelle, *op. cit.*, p. 708.

(2) Polhier, *op. cit.*, p. 24.

DEUXIÈME PARTIE

Du régime pécuniaire des époux.

Les conflits relatifs à la capacité de la femme mariée n'étaient pas les seuls qui se produisaient entre la Normandie et Paris; ils apparaissaient non moins nombreux en ce qui concerne le régime matrimonial adopté par les époux, qu'il ait été choisi par contrat de mariage, ou que les époux se soient mariés sans rédiger nulle convention.

Dans tout acte ou dans tout contrat, il faut distinguer la capacité de celui qui le passe, les formalités, les choses dont on dispose où à l'occasion desquelles l'acte est passé et son exécution (1). Nous savons que la capacité est soumise au statut personnel; les formalités sont régies par la règle *locus regit actum*; mais s'il s'agit de la matière ou de l'exécution du contrat, le problème devient plus délicat, et ce sera là le principal sujet des chapitres qui suivent. Car cette triple distinction qui

(1) Boullenois, *Des démissions de biens*, p. 133.

vient d'être établie à propos des contrats en général est également vraie en matière de régime matrimonial, et (1) il faut séparer les uns des autres la capacité des époux, les formes de l'acte, et les régimes qui peuvent être adoptés par les contractants ainsi que le champ d'application des dispositions qu'ils contiennent.

CHAPITRE PREMIER

DES ÉPOUX MARIÉS AVEC CONTRAT

La coutume de Paris et celle de Normandie ayant des règles absolument opposées quant aux régimes matrimoniaux entre époux, nous allons, dans ce chapitre, envisager d'abord le cas où, deux époux, en se mariant, ont passé un contrat de mariage réglant leurs droits pécuniaires, et voir quelle sera l'étendue possible de cette convention.

Nous avons déjà signalé la toute puissance de la convention (2); il a toujours été reconnu par la majorité

(1) Voir la thèse de M. Pallamary, 1884, Paris, *Des conflits des conventions matrimoniales*, p. 109.

(2) Pages 8 et 12.

des juristes que la convention, quel que fût son objet, toute idée matrimoniale mise à part, étendait en tous lieux les clauses qu'elle contenait, pour cette raison qu'elle était l'œuvre de la volonté des parties ; la convention était donc de statut personnel, non pas en ce sens qu'elle était réglée et devait être de tous points conforme à la loi du domicile des parties, mais en entendant par là qu'elle étendait sa souveraineté en tous lieux, indépendamment de toutes règles pouvant être en vigueur là où étaient les biens, objets de son exécution, sauf l'obstacle né de l'ordre public. Il n'est pas douteux qu'en employant les mots statut personnel pour caractériser la convention, la seule portée de cette expression soit relative à son application et non à la loi qui la régit ; si les parties ne pouvaient contracter, en principe, que conformément à la loi de leur territoire — à condition, nous le répétons, de ne pas y faire entrer de stipulations heurtant l'ordre public — ce ne serait plus la peine de faire une convention, puisque les conditions du contrat seraient toujours réglées par une loi à laquelle on ne pourrait déroger, et la rédaction du contrat n'aurait plus guère qu'une utilité probatoire. Pour une raison identique, la loi de la situation des biens, matière du contrat, ne devait pas influencer plus que la loi du domicile, sinon l'inutilité du contrat se serait à nouveau manifestée.

Cette étendue de la convention admise, pourrions-nous transporter ces idées à la convention matrimoniale ?

Cette extension a de tous temps été adoptée, et la presque unanimité des auteurs tombe d'accord sur ce point (1). Si nous considérons un des cas pratiques les plus simples, de deux époux Parisiens, mariés, domiciliés, et ayant passé un contrat adoptant le régime de communauté, à Paris, l'opinion commune admet que cette convention matrimoniale aura effet dans toutes les coutumes où les époux auront acquis des biens, quand bien même ces coutumes ignoreraient — nous ne disons pas prohiberaient — le régime de communauté. Et même, autre conséquence, du pouvoir de la convention, bien que mariés, domiciliés et contractants en une province où la communauté est méconnue, mais non défendue, deux époux pourront, s'ils ont soin de le stipuler expressément, être communs en biens meubles et conquêts immeubles en tous lieux ; car, dans ce cas, « l'époux en jouit non par le moyen de la coutume, mais du contrat, et que la qualité des biens n'y résiste pas ».

Les arguments ne manquent pas pour prouver la personnalité du statut matrimonial de communauté. Qu'on se souvienne de la définition que nous avons donnée du statut personnel ; son but est de régler *primario et per se* l'état et la condition des conjoints, d'affec-

(1) D'Argentré, sur l'art. 218 de la *Coutume de Bretagne*, p. 865. *Quod conventione aut pacto inter contrahentes convenit, nullis metis includitur, sed personam sequitur quocunque deferatur persona.* — Boulle-
lenois, 19^e Question, p. 349. — Duplessis, *Œuvres*, t. 1^{er}, p. 359.

(2) Charondas le Caron, *Œuvres*, Réponse 38, livre V.

ter principalement la personne des époux ; indirectement seulement, il atteint les biens ; ce statut matrimonial ne frappe les biens qu'après s'être imprégné, en quelque sorte, de la qualité d'époux que possèdent les parties ; si les biens ne sont plus transmissibles de la même façon, s'ils acquièrent des qualités nouvelles, s'ils deviennent biens communs, c'est une suite indirecte de la condition de gens mariés de leurs propriétaires (1). C'est le statut personnel qui est le premier en jeu ; il ne s'agit pas en effet ici de droits réels et immobiliers ; « quand on dit (2) que les héritages se règlent suivant la coutume des lieux où ils sont situés, cela s'entend des droits qui sont purement réels, comme sont les droits de succession, qui se doivent régler suivant la coutume des lieux où les biens du défunt sont situés sans qu'il y ait pu déroger ; mais non pour les droits qui sont plus personnels que réels, comme celui de communauté, car c'est un contrat qui est fondé sur la convention et le consentement des parties, lequel doit avoir son exécution. » Nous avons vu la force de la convention en général ; or ici aussi les époux ont passé un contrat par lequel, sous le régime de communauté, le mari a contracté l'obligation personnelle

(1) Et c'est même une constatation qui a été faite par des auteurs normands, voir Berault, *Œuvres*, sur l'article 389, p. 62 et suivantes, « car le statut de communauté regarde seulement les personnes et leur domicile, et règle les meubles et conquêts ».

(2) Bacquet, *Traité des droits de justice*, t. I, p. 213.

de laisser prendre à sa femme, à la dissolution, la moitié des conquêts ; pourquoi refuserait-on à cette convention entre époux un effet que l'on accorderait à une convention entre deux individus quelconques, mais associés ? car, enfin, à part des différences plus de détail que de fonds, y a-t-il si loin du contrat de communauté au contrat de société ? et aurait-on seulement la pensée de limiter l'étendue d'un tel contrat entre associés ? en outre, comme on l'a très justement remarqué, même en admettant que les coutumes soient réelles, quand il y a un contrat de passé entre époux, ce contrat règle en général le sort des biens qui seront acquis dans la suite ; mais ces biens n'étant pas encore acquis, comment la coutume du lieu de leur situation, en la supposant contraire à celle portée au contrat, peut-elle déjà exercer son empire contre cette convention ? Ce ne serait que lors de l'acquisition que la réalité pourrait contrebalancer le contrat ; mais alors, et c'est l'objection très forte que l'on fait à ceux qui refusent effet aux conventions matrimoniales, en tous lieux, que de fraudes deviennent possibles de la part du mari !

La personnalité de la convention matrimoniale qui ne se discute même plus aujourd'hui, a-t-elle eu cependant autrefois sérieusement des détracteurs ? On a souvent prétendu que des auteurs avaient soutenu que la communauté contractée ne s'étendait pas dans les coutumes ne la connaissant pas. Peut-être y a-t-il eu de bien rares juristes se rangeant à cet avis ; mais la généralité

même des auteurs normands se prononçait pour la personnalité (1). Mais, disons-le sans tarder, ce qui peut faire croire à leur penchant pour le statut réel, c'est qu'ils arrivent toujours à cette conclusion ; seulement, s'ils en viennent là, c'est parce qu'ils ne traitent jamais que d'hypothèses particulières que nous envisagerons en leur temps ; mais dans le cas le plus général visé ici, d'époux parisiens, domiciliés, mariés, avec contrat et stipulation expresse de communauté à Paris — ce qui est aussi, il faut le reconnaître, le cas le plus fréquent et normal — ils ne l'ont jamais soutenu énergiquement. Il est évident que le parlement de Rouen était particulièrement intransigeant, plus même que les commentateurs ; à Paris même, d'ailleurs, n'a-t-on pas été aussi jusque-là ? (2). Nous estimons donc que la personnalité du contrat de mariage adoptant la communauté était la règle, et que la jurisprudence normande doit être regardée comme exorbitante. Sa théorie cependant est justifiée en partie par l'argument qui motivait

(1) Basnage, sur l'article 389, cite, sans doute une opinion ayant cours en Normandie, d'après laquelle, la convention ne pourrait modifier la coutume ; sinon quelle aurait été l'utilité de la loi ? mais cet argument assez puéril en des matières telles que celle-ci, n'est relevé par lui qu'à titre d'usage tendant à survivre, et non pas comme une théorie ayant une valeur juridique. La preuve en est d'abord dans les termes qu'il emploie, et ensuite dans ce fait que, quoique d'ordinaire partisan de la réalité, il se montre pourtant d'une opinion adverse.

(2) Choppin, *Privilège des rustiques*, p. 51.

la plupart de ses arrêts, et qui prouve, qu'au lieu de traiter la question à un point de vue général et de poser nettement le problème de la personnalité du statut, elle se plaçait toujours dans une hypothèse où la règle établie souffre une exception. En établissant la personnalité du contrat de mariage, nous avons noté, chemin faisant, la présence d'une dérogation. En général, le statut réel cède devant le personnel conventionnel, sinon ce dernier ne serait qu'une pure utopie s'il devait s'effacer devant la loi en vigueur dans une autre coutume. Mais lorsque le statut réel est prohibitif d'ordre public, c'est-à-dire, lorsqu'il interdit formellement l'application d'un principe juridique, le statut personnel cède à son tour ; le statut de communauté sera donc sans force lorsqu'il se heurtera à lui ; car, qui dit prohibition de la coutume absolue, dit loi d'ordre public, qui triomphe de tout. C'est sur cette conception que repose la jurisprudence normande. Elle considérait l'article 330 comme prohibitif de communauté ; par suite, tout contrat de mariage passé à Paris devait s'effacer devant lui et tout contrat de communauté qui aurait été passé en Normandie aurait été radicalement nul.

Nous pouvons établir cette règle théorique qui résume l'opinion la meilleure à notre avis : tout contrat de communauté passé en pays le permettant, s'étendra en tous lieux, sauf là où il y aura prohibition de la coutume. Quant à savoir si le parlement de Paris considérerait aussi l'article 330 comme prohibitif ou simplement

négalif, quant à déterminer si cet article, en l'admettant même prohibitif, devait être considéré comme de statut réel, ce que nous avons admis provisoirement, ou personnel, c'est ce que nous allons voir d'ici peu.

SECTION I

Cas où les époux ne changent pas de domicile au cours du mariage.

A. — Contrats passés à Paris entre deux Parisiens, deux Normands, ou un habitant de chacune de ces deux provinces.

Il ne suffit pas de poser des principes théoriques ; il faut encore voir les applications pratiques qui ont été faites de la règle ci-dessus énoncée ; et c'est une chose fort complexe que de débrouiller les nombreuses hypothèses prévues par les auteurs ou jugées dans les arrêts. Notons d'abord qu'il n'y a pas lieu de s'occuper du domicile d'origine des époux. C'est ainsi que nous envisagerons en même temps les quatre cas suivants : deux Parisiens se marient à Paris, un Normand épouse une Parisienne à Paris, un Parisien y épouse une Normande, enfin deux Normands se marient à Paris. Il n'y a pas de différences essentielles entre ces quatre hypothèses, des points de détail tout au plus, qui apparaîtront au fur et à mesure des exemples. Mais pour grouper vala-

blement ces cas, et pour l'explication exacte de tout ce qui va suivre, nous supposons avant tout, que les deux époux remplissent, lors du contrat de mariage, la condition *sine qua non* suivante : être domiciliés à Paris, et nous ajoutons que, dans ce chapitre, nous considérerons que ce domicile restera le leur jusqu'à la dissolution de la communauté.

Mais une question se pose d'elle-même ; qu'entend-on par domicile ? à quel moment les époux doivent-ils tous deux être domiciliés à Paris pour remplir la condition voulue ? Quand pourra-t-on dire qu'ils demeurent dans cette ville ? Nous allons examiner cette question à propos du premier cas qui, dans l'ordre logique, se présente à nous. Deux époux, — et l'on peut envisager l'une quelconque des quatre hypothèses énoncées ci-dessus — passent à Paris un contrat de mariage sans fixer le régime qu'ils adoptent, mais simplement dans le but de se mettre d'accord sur quelques sujets spéciaux, dons ou gains de survie. Or, l'intitulé de cette situation, assez fréquemment prévue par les juristes, demande l'explication de plusieurs points, entre autres : régime qui sera censé adopté, — étendue de ce régime, une fois déterminée la loi qui le régira. Nous nous trouvons ici en présence d'un contrat incomplet, dans lequel une partie essentielle fait défaut, à savoir le régime adopté par les époux. Il est évident que ce cas présente une analogie frappante avec celui où les conjoints se marient sans aucun contrat, — ce qui sera l'objet du chapitre II

— et les auteurs les traitent de pair (1). Disons seulement ici qu'en l'espèce qui nous occupe, l'opinion dominante au parlement de Paris, qui a triomphé finalement et qui, à notre avis, est la meilleure, considérait que ce silence des parties s'expliquait par ce fait qu'ils entendaient s'en remettre, grâce à l'idée d'une convention tacite à la loi du lieu où le contrat a été passé. Cette opinion s'autorise des principaux jurisconsultes des ^{xvii}^e et ^{xviii}^e siècles, en dépit des résistances du parlement de Rouen et des commentateurs, et le 8 avril 1718 le parlement de Paris rendait un arrêt d'après lequel deux époux mariés en pays de communauté avec un contrat sans aucune stipulation de ce régime, étaient réputés communs en meubles et conquêts en tous lieux, conséquence logique de l'idée de convention, qui, on le sait, est toujours réputée de statut personnel.

Il peut sembler bizarre de se demander quelle sera la coutume que les époux seront censé avoir adopté tacitement dans leur contrat incomplet ; mais, si l'on y réfléchit, et en prenant il est vrai une hypothèse des plus compliquées, on peut concevoir jusqu'à cinq coutumes différentes, concourantes en même temps dans le but de fixer un régime pécuniaire aux époux, à savoir, celle où le mari était domicilié avant le mariage, celle du domicile de la jeune fille, celle du domicile où les époux comptent aller se fixer dès le mariage et qui peut être

(1) Frolland, *Mémoires sur les statuts*, chap. III, p. 273.

autre que les deux premières, celle du lieu de la passation du contrat, et enfin de la célébration du mariage ; en d'autres termes, dans laquelle de ces cinq coutumes le contrat sera-t-il réputé fait véritablement ?

La presque unanimité des auteurs tombe d'accord que l'on ne doit pas tenir compte de la loi du lieu de la passation du contrat ; ils font la remarque très juste que cette loi n'intervient que lorsqu'il s'agit de déterminer la solennité de l'acte ; quant à la substance et à l'effet des dispositions y contenues, il n'en est plus de même. Aussi s'il arrive que cette loi soit celle à laquelle on se conforme, ce sera par l'effet de sa coïncidence avec celle du domicile matrimonial — et c'est dans ce sens qu'il faut interpréter la solution de la jurisprudence que nous avons donnée tout récemment dans le cas dont il s'agissait. — On a bien soutenu (1) que la loi du lieu de la passation du contrat devrait être seule considérée, quoique les biens des parties fussent situés et leur domicile établi dans une coutume n'ayant pas de semblables dispositions, car les parties sont censées avoir joint à leur contrat incomplet une clause de soumission tacite à la coutume du lieu, soumission qui, si elle était expresse, serait certainement observée ; car, même tacite, ce ne sont pas les dispositions d'une coutume, mais celles d'un contrat. Cette opinion, d'ailleurs rarement

(1) Frolland, *op. cit.*, p. 321, arrêt dans l'affaire Auger.

(2) Duplessis, *Œuvres*, t. I^{er}, p. 356.

suivie, doit être abandonnée, et il nous semble que ce soit la coutume du domicile matrimonial qu'il faille suivre, quand même le contrat aurait été passé ailleurs. Et ce domicile, dit matrimonial, est celui où les époux iront se fixer dès le mariage célébré ; peu importe d'ailleurs le lieu où le mariage sera célébré ; on ne suivra jamais sa coutume, du moment qu'il y a un contrat, car même lorsque les époux n'auront aucun domicile connu, situation assez rare il faut l'avouer, ce sera alors la loi de la passation du contrat qui interviendra (1). Ce domicile où ils iront se fixer sera parfois dans le lieu même où ils étaient tous deux demeurant avant le mariage (2). Mais fréquemment les conjoints pourront être de deux provinces différentes ; est-ce alors le domicile du mari au jour du contrat que l'on considérera comme matrimonial ? (3) Nous croyons plutôt avec l'opinion générale que ce sera bien celui du mari mais à la condition que les époux aient l'intention de s'y rendre après le mariage et de s'y fixer (4), et la preuve en est que le domicile du mari ne joue plus aucun rôle si les époux ont l'intention de demeurer ensuite au domicile de la femme (5). De même si les époux se choisissent un do-

(1) Sérieux, *Traité des contrats de mariage*, t. I^{er}, p. 192 et suivantes. Bourjon, *Coutume de Paris*, t. I^{er}, p. 507.

(2) Boullenois, *op. cit.*, p. 113.

(3) Lamoignon, *op. cit.*, titre XXXII, n° 2.

(4) Frolland, *Mémoires sur le Velléren*, p. 621. Roussilhe, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 70 et suivantes.

(5) Roussilhe, *idem*. Boullenois, *op. cit.*, p. 113.

micile dans un troisième lieu, la coutume de ce lieu sera réputée celle tacitement adoptée. On peut objecter, dans ce cas, la crainte d'une surprise de la femme qui avait négligé de parfaire le contrat, croyant aller demeurer en la province du mari et subir ses lois ; ce ne serait alors, croyons-nous, qu'une exception à considérer, une question de fait qui dépendrait des circonstances particulières de l'événement (1). Enfin, si les époux allaient demeurer moitié de l'année dans une province, moitié dans l'autre, ce sera le domicile du mari qui sera réputé matrimonial.

En résumé, pour que l'on s'attache à la loi du lieu du contrat, il faut que ni le mari ni la femme n'aient de domiciles ou l'intention de se fixer en un lieu déterminé ; on ne s'y conformera que dans ce cas, de préférence à la loi du lieu de la célébration, car il nous semble que si cette dernière coutume est bonne à suivre lorsqu'il n'y a pas de contrat, la présence d'une convention, quoique incomplète, oblige, logiquement, à l'interpréter suivant les règles du lieu où elle fut passée. La seule coutume à considérer pour décider du régime des époux sera celle du lieu du domicile matrimonial que l'on déterminera en se basant sur l'intention des conjoints, leur volonté fixant le lieu où ils iront demeurer au lendemain des noces.

Le premier cas posé se solutionne donc, d'après les

(1) Lebrun, *Traité de la communauté*, chap. II, p. 17.

arrêts de Paris, de la façon suivante : Deux époux se mariant à Paris avec un contrat ne portant aucune mention de communauté et domiciliés dans cette ville sont communs en biens, quelle que soit la situation de leurs conquêts. Quant au parlement de Rouen, il n'a jamais rendu de jugement identique à celui du 8 avril 1718 cité ci-dessus ; mais, ne serait-ce que par déductions tirées *a fortiori* d'autres espèces, il est indiscutable qu'il y était opposé — en ce qui concerne le champ de ce régime — conservant à ce sujet l'opinion qu'il avait lorsque nul contrat n'avait été passé. L'assimilation que nous avons signalée entre ces deux hypothèses, apparaîtra donc aussi en cette province, en sens exactement inverse, il est vrai, de celui que nous venons de voir. Quant aux règles énoncées à propos du domicile matrimonial, elles étaient, croyons-nous, admises dans les deux provinces ; et c'est pourquoi deux Normands, à condition de fixer d'une façon sérieuse et définitive leur domicile à Paris — ce qui leur était permis puisque les conjoints pouvaient choisir un domicile dans une autre province, — pouvaient valablement profiter des règles de la communauté parisienne imparfaitement stipulée dans leur contrat (1).

Il arrivait parfois que les parties, tout en faisant un contrat incomplet comme dans le cas qui précède,

(1) En ce sens Renusson, *Traité de la communauté*, chap. iv, n° 24. Boullenois, *op. cit.*, p. 113, *arguments a contrario* de même [Lebrun, *op. cit.*, ch. II, p. 12.

avaient cependant la précaution d'y joindre une clause que l'on peut en quelque sorte appeler : clause d'élection de domicile, et dont le principal but était de désigner le lieu où ils comptaient demeurer par la suite. Théoriquement, cette clause était peu utile puisque le complément du contrat se réglait, nous l'avons vu, par la loi du domicile matrimonial, qu'il y eut ou non cette clause ; celle-ci n'avait donc pour but que de fixer ce domicile dès l'instant du contrat et de remplacer par une certitude absolue les présomptions forcément plus imparfaites dont l'application servait de règle pour le déterminer (1). C'était donc au point de vue pratique uniquement que se manifestait son utilité, permettant de connaître plus tôt et plus sûrement la loi qui servirait de guide dans l'interprétation du contrat. Quant à la portée du régime adopté par conséquence de cette clause, elle était fixée ici de même que dans le cas précédent, le parlement de Paris, reconnaissant *a fortiori* sa personnalité, celui de Rouen, répondant négativement à cette question, puisque nous allons voir que dans le cas où le contrat contenait une indication, assez imprécise il est vrai, mais cependant flagrante, de la communauté choisie par les époux, cet effet extensif en tous lieux lui était également refusé (2).

(1) Sérieux, *op. cit.*, p. 192 et suivantes.

(2) Tronçon, *Œuvres*, p. 438 « on passera élection de domicile perpétuel et irrévocable en ladite ville pour l'exécution du contrat ; en ce cas la coutume de Paris triomphera, car la coutume réelle sera

Cette nouvelle clause à laquelle nous faisons allusion est généralement désignée sous le nom de : clause de stipulation pure et simple de communauté. Les époux, lorsqu'ils joignaient cette clause à leur contrat, se bornaient à déclarer qu'ils entendaient adopter le régime de communauté, mais sans s'y soumettre expressément, à grand renfort de déclarations longues et explicites. La question de savoir quelle était la valeur de cette clause fut ardemment discutée. La polémique avait commencé dès le milieu du ^{xvi}^e siècle entre Dumoulin et d'Argentré, le premier estimant que cette stipulation était bien suffisante pour produire tout l'effet voulu — aurait-il pu d'ailleurs être d'un autre avis, puisqu'il admettait cette extension hors de toute clause fixant le régime, en vertu de son idée de convention tacite ? — sauf si la coutume à laquelle on se heurtait était prohibitive, et il ne considérait pas comme telle la coutume de Normandie, le deuxième adoptant les mêmes principes, mais déclarant que la coutume normande était prohibitive d'ordre public. De sorte que tout en partant de la même base, possibilité d'étendre partout la communauté établie par la stipulation simple, ils arrivaient à un résultat différent par suite du caractère non identique qu'ils prêtaient à la coutume normande. Cette divergence d'idées sur ce point fut épousée dans la suite par les deux parlements ; celui de Rouen suivait forcée de suivre la personnelle comme la plus noble ; » jurisprudence de Paris.

d'Argentré et refusait effet à la simple clause, parce que la coutume était prohibitive ; celui de Paris réputait seulement exclusive (1) la coutume de Normandie, nullement prohibitive, et, par suite, généralisait les conséquences de cette stipulation. Lequel des deux était dans le vrai ? Le temps, qui a amené certaines modifications souvent dans la façon de rendre ses arrêts de l'un quelconque de ces parlements, n'a pas modifié, lorsque cette clause était en jeu, leur manière de voir (2), et à la fin du XVIII^e siècle encore, aucun des deux n'avait cédé à l'autre et une jurisprudence unanime n'a jamais fixé si cet article 330 (3) était prohibitif ou seulement exclusif de communauté. Pour nous, il ne nous semble pas que l'opinion la meilleure soit celle qui

(1) Il faut entendre par ce mot : exclusive, tel que nos anciens auteurs le comprenaient, une coutume qui ne s'opposait pas à l'effet des conventions passées hors son territoire, mais qui interdisait à ceux domiciliés chez elle d'en passer d'analogues. Nous verrons plus loin, p. 87, la différence qui la sépare de la coutume prohibitive personnelle.

(2) Voir dans Frolland, *Mémoires sur les statuts*, chap. II, p. 230 et suivantes, l'exposé de l'opinion des différents commentateurs, qui concluent tous dans le sens du parlement de Rouen. En ce sens du moins qu'ils refusent à la communauté accès en Normandie, mais sans se prononcer nettement sur la nuance de leur coutume.

(3) La teneur en était la suivante : « Quelque accord ou convenant qui ait été fait par contrat de mariage, et en faveur d'icelui, les femmes ne peuvent avoir plus grande part aux conquêts faits par le mari que ce qui leur appartient par la coutume, à laquelle les contractants ne peuvent déroger ». Et nous verrons plus loin que cette part était bien inférieure à celle allouée à Paris à la femme à la dissolution du mariage.

a été formulée par l'avocat Anne Robert dans une consultation rapportée par Tronçon (1). Elle aurait été prohibitive en ce sens que deux Normands, domiciliés en Normandie, ne pouvaient par contrat de mariage stipuler une communauté, autrement dit un régime donnant à la femme des droits plus étendus sur les conquêts ; mais vis-à-vis de ceux qui contractaient à Paris, pays permettant la communauté, elle n'aurait plus été qu'exclusive, et par suite la femme y avait la part de conquêts des femmes communes en biens. Car admettre cette doctrine c'est établir une contradiction dans le sens même qu'on donne au mot prohibitif ; quand une loi est d'ordre public, elle s'impose à tous, tout nationaux qu'étrangers ; sinon elle n'est plus prohibitive, mais seulement exclusive. Le résultat auquel arrive Anne Robert est justement celui auquel on parvient en la disant tout au plus exclusive ; elle crée une impossibilité pour ceux domiciliés en son territoire, mais elle laisse les mains libres à tous ceux qui demeurent en d'autres régions ; aussi, estimons-nous la doctrine du parlement de Paris de beaucoup la plus vraisemblable, et c'est en la prenant comme base que nous raisonnerons désormais ; quoiqu'il en soit, les deux parlements jugeaient d'une façon absolument opposée, et c'est ce qui a motivé cette réflexion de nombre d'auteurs : « Il faut se donner garde d'aller plaider à

(1) *Op. cit.*, p. 438.

Rouen, le contrat étant passé sous le scel de la vicomté de Paris, qui est attributif de juridiction, car en Normandie on jugerait selon la rigueur de la dite coutume » (1). La clause de communauté pure et simple était parfois remplacée par une toute voisine dans laquelle les conjoints déclaraient se marier « conformément aux us et coutumes du pays ». Cette clause offrait une difficulté spéciale d'interprétation, car on peut la comprendre de deux façons opposées ; on peut soutenir que sa présence conduit à une situation absolument semblable au fonds, sinon quant à la forme et aux termes employés, à celle où les deux époux se marient avec un contrat incomplet et muet sur le chapitre du régime matrimonial. L'assimilation notée entre ce cas et celui où il n'y a pas de contrat conduit donc à apprécier la valeur de cette nouvelle clause suivant les principes adoptés relativement aux cas d'absence totale de convention (2). Il nous semble plus exact de dire que la présence de cette clause équivaut à une stipulation simple ; y a-t-il une grande différence entre la déclaration par laquelle on se marie suivant les us et cou-

(1) Tronçon, *op. cit.*, p. 439.

(2) Dans ce sens d'Argentré qui applique les théories qui lui sont propres lorsque le contrat fait défaut et penche pour la réalité de la coutume ; voir d'Argentré sur l'article 218 de la *Coutume de Bretagne*, p. 690, *etiam si in conventionem matrimonii cautum sit conjuges contrahere secundum statuta loci, id est « selon les us et coutumes du pays, » tamen in referente nihilo plus continetur quam in celato.*

tumes du pays ou purement et simplement suivant le régime de communauté en vigueur dans ce lieu ? Nous ne le pensons pas et la ressemblance des deux situations est frappante. On en revient donc à la situation précédemment étudiée et au dilemme qui se posait suivant le caractère que l'on prêtait à la coutume normande ; la valeur de cette clause dépendra de la réponse ; ce qui est certain, c'est qu'à Paris on la disait de statut personnel (1).

Le champ d'application général de la clause de stipulation expresse de communauté sur tous meubles et conquêts en quelques lieux qu'ils soient situés, n'a jamais été discuté, et les auteurs parisiens, même nettement partisans de la réalité, inclinent souvent en ce sens (2). Les commentateurs normands reconnaissent aussi souvent la force de cette « paction (3) », et avouent que si les coutumes sont réelles, cela n'est absolument vrai que dans les cas où il est purement et simplement question du pouvoir et des effets de leurs dispositions ; la théorie par laquelle les pactions ne pouvaient déroger à la coutume parce que, sans cela, les costumes seraient inutiles, n'a pas subsisté longtemps (4). D'Argentré lui-même d'ailleurs reconnaissait

(1) De l'Hommeau, *Maximes générales de droit français*, p. 179.

(2) Charondas le Caron, *op. cit.*, réponse, 38 livre V.

(3) Frolland, *op. cit.*, chap. I, p. 190 et suivantes, chap. III, p. 330 et suivantes.

(4) Voir page 59 l'opinion citée par Basnage.

la force de cette clause, à condition que la coutume ne fût pas prohibitive (1). Nous ne reviendrons pas une fois encore sur la différence des deux parlements de Rouen et de Paris qui se manifestait ici aussi, ni sur l'opinion doctrinale en faveur à Paris du caractère non prohibitif de la coutume. Mais, il ne nous paraît pas que les juristes normands aient eu une autre opinion sur ce point; car s'ils avaient soutenu vraiment la prohibition de la coutume, ils n'auraient pu laisser son empire à cette clause, puisque l'ordre public brise la souveraineté de la convention; toutefois, autoriser l'effet de la stipulation expresse, refuser celui de la stipulation simple, c'est véritablement faire montre d'incohérence, puisque dans l'un et l'autre cas, il y a une convention qui diffère plus en apparence qu'au fonds; peut-être l'influence des arrêts empêchait-il leur raisonnement de suivre librement son chemin; toujours est-il que, même si nous n'avions que cette solution présente sous les yeux, nous devrions bien admettre que la coutume normande ne paraissait pas vraiment prohibitive à ses juristes, et leur hésitation est un argument à l'appui de notre opinion.

Le caractère prohibitif subsistait-il au regard du parlement de Rouen — et non des juristes nous l'avons vu

(1) D'Argentré, *op. cit.*, p. 690. *Quod si dictum sit ubicumque siti reperti fuerint communes futures conquestus, hic quidem conventio et actio nasceretur personalis, sed ita demum si statuta locorum ubi siti erunt non repugnabunt dispositione prohibitiva aut annullativa.*

— lorsque le contrat passé à Paris portait une clause contenant « soumission à la coutume de Paris et dérogation à toute autre, notamment à celle de Normandie ». Ce qui permet d'en douter, c'est qu'une volonté si nettement exprimée, doit triompher de toute règle contraire, sinon, ce serait presque la négation du statut personnel de la convention ; et pourtant, qui dit prohibition, dit ordre public, auquel on ne peut déroger. Nous avons à peine besoin de dire qu'à Paris juristes et parlement étaient disciples du statut personnel. Puisque les auteurs normands avaient penché du même côté pour la précédente clause, il était logique ici, où la stipulation est des plus détaillées et complètes que l'on rencontre, de les voir persévérer. Les plus récents applaudissent à la personnalité dans cette hypothèse (1). Les plus anciens sont moins affirmatifs et reflètent partiellement les systèmes jurisprudentiels et les théories qui devaient avoir cours en doctrine aux siècles suivants (2). Mais le parlement n'éprouvait pas ces scrupules et tranchait nettement la question dans le sens de la réalité des coutumes et de la prohibition absolue, et il est évident que si on pouvait le blâmer, ce n'était certes pas de manquer de logique dans ses conceptions et d'esprit de suite dans ses arrêtés. Basés sur ce double motif, à savoir non-prohibition d'ordre public

(1) Frolland, *op. cit.*, chap. II, n° 7.

(2) Basnage, tome II, p. 78.

de la coutume normande et force de la convention, des arrêts remarquables, empreints de la théorie de la personnalité, ont été rendus à Paris le 12 mai 1595 (1) et le 7 septembre 1695 (2), étendant en Normandie les droits de communauté de la femme. A Rouen, au contraire, cette clause n'avait pu faire se départir les juges de leur rigueur. C'est une constatation générale que l'on fait d'ailleurs tant à Paris qu'en Normandie. Nous avons déjà vu l'opinion de Tronçon sur ce point ; elle est identique à peu près partout (3) et on critiquait sévèrement cette jurisprudence que l'on peut à juste titre qualifier « d'étrange et par laquelle on préfère un vain préjugé à l'avantage commun de ceux mêmes qui sont soumis à cette loi ». Il faut cependant noter un arrêt rendu à Rouen le 10 mars 1620 (4) où la personnalité avait été étendue en Normandie grâce à cette clause du contrat. Mais ce n'est là qu'une exception à la règle ordinairement suivie.

La grande liberté laissée à la volonté des parties rendait possible, sinon fréquente, une clause contenant « soumission à une coutume déterminée de leur choix » ; en effet, par contrat il est évident que toute clause li-

(1) Affaire de Larchant ; Basnage sur l'article 489. Frolland, *op. cit.*, chap. II, n° 8.

(2) Affaire Bence, voir Frolland, chap. III, p. 200 et suivantes.

(3) Bourjon, t. 1^{er}, p. 510.

(4) Basnage sur l'article 389 et Bérault sur l'article 330.

cite est permise et autorisée (1) ; il faut, croyons-nous, ajouter : à Paris, car en Normandie il est peu probable qu'une telle clause, soumettant les époux à un régime en vigueur dans une coutume donnant à la femme des droits plus étendus et des garanties moins efficaces, ait été admise s'ils restaient domiciliés en Normandie ; et l'on peut conclure avec raison qu'il est étrange « qu'en Normandie on s'écarte d'une jurisprudence si sage, si conforme au bien public et si propre à faciliter les mariages (2) ».

En résumé, on peut dire que tous les auteurs parisiens et la plupart des commentateurs normands sont d'accord pour reconnaître la personnalité du statut de communauté si l'on se place dans l'hypothèse où les époux, domiciliés à Paris, y passent un contrat de mariage ; s'il est muet sur le régime qu'ils adoptent, ou contient une clause d'élection de domicile, de stipulation pure et simple de communauté ou de conformité aux us et coutumes, les juristes normands résistent encore ; mais s'il y a une stipulation expresse avec ou sans clause dérogoratoire à la coutume de Normandie, les immeubles qu'ils acquerront le mariage durant, seront dits conquêts, l'article 330 n'étant qu'exclusif de communauté ; mais que le parlement de Rouen, rompant avec la pluralité des jurisconsultes de sa province,

(1) Comparer pages 55 et 56 ce que nous avons dit sur la force de la convention.

(2) Bourjon, t. 1^{er}, p. 506.

et contrairement aux arrêts rendus à Paris, le déclare prohibitif d'ordre public, et refuse en Normandie toute extension de la communauté, même contractuelle. De sorte que si l'on juge le procès à Paris on reconnaîtra à la femme un droit de moitié sur tous les conquêts, tandis qu'à Rouen cette quotité ne lui sera pas accordée ; elle n'aura sur ceux-là qu'une part proportionnelle à celle fixée par la coutume normande, ce qui, ajoutons-le, arrivait bien rarement, les plaideurs n'étant que trop disposés à écouter les avis des consultants que leur recommandaient de plaider à Paris, dès qu'il n'y avait pas impossibilité, ce dont on ne saurait réellement les blâmer.

B. — Contrats passés en Normandie

De même que dans le paragraphe précédent, nous supposons ici que les époux n'ont pas à être envisagés d'une façon distincte dans les quatre cas où deux Normands, deux Parisiens, un Normand et une parisienne, où réciproquement se marient en Normandie mais que l'on peut se placer avec une égale justesse dans l'une quelconque de ces espèces, à la condition formelle d'être domiciliés, tout le mariage durant, en cette province. Rappelons enfin qu'en parlant d'époux domiciliés en Normandie, nous entendons parler du domicile matrimonial. Ceci posé, il nous faut distinguer deux hypothèses.

I. — *Contrat passé suivant la coutume de Normandie sans aucune clause dérogatoire.*

Nous savons que cette soumission aux règles de la Normandie résultera soit de ce que les époux auront leur domicile en cette coutume au jour où ils passeront leur contrat, même si cette passation a lieu en une autre province, soit que plus simplement, le contrat ait, lui aussi, été fait en Normandie.

A la dissolution du mariage, les droits de la femme sur les biens acquis durant icelui, étaient tout différents de ceux qu'elle avait à Paris ; sans faire ici une comparaison trait par trait des deux régimes, il nous paraît cependant utile de signaler quelques points essentiels, dont la contradiction risquait d'être une source fréquente de conflits.

Le droit de la femme sur les conquêts en Normandie était tout autre qu'à Paris. Et la première différence venait du sens même que l'on donnait au mot : conquêt. On appelait ainsi à Paris, et c'est seulement lors de la rédaction du Code civil que ce sens fut modifié, tout bien qui arrivait aux époux durant le mariage, soit qu'il fût acquis à titre onéreux avec les économies du ménage, provenant du travail des conjoints, *ex communi collaboratione*, soit qu'il ait été donné à l'un d'eux, grâce au vieil adage : « il n'est si bel acquêt que de don ». En Normandie, au contraire, les dons faits aux époux ne

comptaient pas dans les conquêts ; les acquisitions faites en commun étaient seules regardées avec ce titre ; — article 398. — Le mot conquêts porte à croire que si l'on dénomme ainsi les biens dont le patrimoine s'est accru, c'est parce que la femme est coacquéreur en même temps que son mari ; cela était vrai à Paris, mais non plus à Rouen ; on les appelait conquêts uniquement parce qu'acquis durant le mariage, et pas pour autre raison ; et la preuve en est que la femme venait à Paris à titre de commune en biens lors de la dissolution du mariage, à titre de copartageante, à quelque époque que survînt cette dissolution et, pour quelque cause que ce fût, même autre que la mort du mari ; en Normandie, au contraire, on s'accorde généralement à dire qu'elle ne prenait une part de ces biens qu'à titre d'héritière de son mari, et non pas toujours exactement à la dissolution du mariage, mais seulement au décès de son conjoint. A côté de cette différence de titre, il y avait aussi une différence de quotité dans sa part ; copartageante ou commune, elle avait la moitié des conquêts ; héritière, elle prenait la moitié des meubles, — le tiers s'il y avait des enfants — la moitié des immeubles conquêts sis en bourgage, c'est-à-dire, « sis ès bourgs et villes fermées », et en pleine propriété ; le tiers seulement de ceux sis hors bourgage — et en usufruit, — si l'on se place dans le droit commun de la Normandie. — Cette différence de ses droits sur l'actif se retrouve aussi vis-à-vis du passif, mais pas pro-

portionnellement ; venant à titre d'héritière avec les autres héritiers, elle était tenue indéfiniment des dettes grevant l'actif recueilli et solidairement avec eux ; à Paris, femme commune, elle n'était tenue que jusqu'à concurrence de son bénéfice d'émolument.

Dès lors, si la femme mariée et domiciliée en Normandie, ayant un contrat conforme à cette coutume, voit le patrimoine se grossir durant le mariage de biens acquis à Paris, quelle part pourra-t-elle prendre sur ces conquêts sis à Paris ? si l'on donne à l'époux normand des biens sis à Paris, seront-ils ou non conquêts vis-à-vis de sa femme ? dans quelle mesure celle-ci sera-t-elle tenue des dettes si elle prend des biens sis à Paris ? sera-ce jusqu'à concurrence de la part recueillie en vertu du bénéfice d'émolument, ou indéfiniment suivant la coutume normande ? Le titre d'héritière auquel la femme normande a toujours été réputée venir au partage des conquêts, a sans cesse été la cause, pour résoudre ces questions, de nombreuses difficultés ; mais c'est uniquement, à notre avis, parce qu'on s'attache trop au sens qu'a ce mot : d'héritier, lorsqu'il s'agit d'une succession proprement dite, sans faire attention qu'ici, il y a, en même temps, un contrat de mariage, un régime matrimonial qui joue un rôle dont il faut tenir compte. Or, que le contrat de mariage donne à la femme la qualité de commune ou d'héritière, la situation, à notre avis, se résume en ceci : la femme a des droits qui sont réglés par une convention,

quelle sera l'étendue de cette convention ? lorsque la femme a été, par son contrat, déclarée commune en biens, nous avons conclu à la personnalité de cette qualité par ce fait même qu'il y avait convention ; ici la femme est par son contrat déclarée héritière ; par suite, en tous lieux elle sera considérée comme telle, grâce à la convention. Car il ne faut pas donner aux mots plus de valeur qu'ils n'en méritent, et il nous semble que lorsqu'il y a un contrat, il faut faire abstraction de la qualité que la coutume prête à la femme ; en disant qu'elle viendra en tant que commune ou en tant qu'héritière, il faut dans notre cas attacher à ces expressions une signification relative, visant surtout l'étendue de ses droits et la capacité qu'elle aura de prendre part aux biens acquis le ménage durant, lorsque viendra sa dissolution. Quand nous nous occuperons de la femme mariée sans contrat, et tenant ses droits de la coutume seule, la qualification d'héritière ou de commune pourra peut-être avoir une importance plus grande, et aura besoin d'être étudiée de plus près et plus discutée ; mais, à notre avis, lorsqu'il y a contrat, il faut surtout et en premier lieu considérer qu'elle est, non pas femme commune ou femme héritière, mais, si l'on peut s'exprimer ainsi : « femme mariée contractuelle » ; il faut faire abstraction de son titre, nous le répétons, et ne regarder que le contrat d'où, en l'espèce, découlent tous ses droits.

Par suite, en reprenant les questions posées ci-dessus,

nous estimons que la femme aura sur les conquêts sis à Paris, la même part qu'elle aurait eue s'ils avaient été acquis en Normandie (1), on fera de même la distinction entre ceux sis hors ou en bourgage, les biens donnés au mari ne seront pas réputés conquêts vis-à-vis de la femme (2), elle sera tenue, même sur la part des biens qu'elle prendra à Paris, de la totalité des dettes sans aucun bénéfice limitant le droit de poursuite des créanciers (3). Ce ne sont là que les conséquences strictes et logiques de la personnalité du contrat de mariage. Nous l'avons admis lorsqu'une femme parisienne a des conquêts en Normandie ; la réciproque s'impose, et il est d'autant plus aisé de l'admettre que la difficulté née de la soi-disant prohibition de la coutume normande vis-à-vis de la communauté, n'existait pas à Paris à l'égard du régime voisin. Les époux à Paris étaient libres de régler leurs droits comme ils l'entendaient ; la répartition de l'actif pouvait se faire autrement que par parts égales ; il est donc hors de doute que le partage inégal entre époux qui caractérisait le régime normand fût possible à Paris, et c'est

(1) En ce sens Frolland, *op. cit.*, chap. iv, p. 363 et suivantes.

(2) En ce sens Boullenois, *Des démissions de biens*, p. 161. Question discutée à la conférence des avocats du 28 juillet 1724. La femme, conclut-on, n'aura de droits que sur ceux « acquis à titre onéreux depuis le mariage, et seulement ceux-là. »

(3) Voir des conclusions identiques dans : Boullenois, *Question 6*, p. 422. Bourjon, *op. cit.*, p. 509.

pourquoi nous concluons à l'extension en tous lieux des règles contenues au contrat de mariage passé en Normandie, en adoptant le régime en vigueur dans cette province.

II. — *Contrat passé en Normandie avec clause de communauté.*

La coutume de Paris donnant à l'épouse une part sur les conquêts plus grande que la coutume normande, la femme qui se mariait en Normandie où son mari était domicilié pouvait-elle, par son contrat, stipuler qu'elle aurait une part de moitié sur tous les conquêts, en se soumettant ainsi à la coutume de Paris et en l'adoptant? pouvait-elle stipuler cette part sur les conquêts sis hors la Normandie, en supposant que cette convention fût impossible vis-à-vis de ceux qui y étaient situés? en d'autres termes, pouvait-elle insérer dans son contrat une clause de communauté, et que valait une telle clause?

Nous avons déjà parlé de l'article 330 de cette coutume, mais en ne le considérant que sur une seule face, en nous plaçant dans les coutumes environnantes. En le regardant dans ce sens, nous avons vu que le parlement de Rouen le considérait comme prohibitif d'ordre public, tandis qu'au contraire, à Paris, on le disait simplement exclusif, — ce que nous avons admis, — et ce qui permettait de donner à la Parisienne des droits de

communauté en Normandie (1); c'est de l'autre côté, maintenant, en nous mettant en Normandie, que nous allons envisager cette règle et déterminer son caractère.

Il est un point certain et indiscuté : c'est l'impossibilité pour une femme de stipuler qu'elle aura la moitié de tous les conquêts de Normandie ; la disposition de l'article 330 était formelle, et, dans cette mesure, personne n'a jamais hésité à reconnaître qu'il y avait prohibition ; or, nous savons que la convention ne peut déroger au statut prohibitif en vigueur en d'autres lieux, de même qu'elle ne peut être passée en une coutume prohibant les clauses qu'elle contient, ou du moins ces clauses seront sans effet en ce lieu (2). Admettons donc provisoirement qu'il y avait réellement prohibition au sens absolu du mot, et voyons si cette clause aura effet en d'autres lieux ne connaissant pas cette défense ? L'intérêt pratique du problème était considérable ; la femme mariée en Normandie qui ne peut par contrat établir une clause de communauté sur les conquêts faits en Normandie, pourra-t-elle valablement la stipuler pour les acquisitions faites à Paris, où la communauté est admise ? ce qui revient à se demander si le statut normand prétendu prohibitif est réel ou personnel, la prohibition d'ordre public pouvant fort bien

(1) Voir pages 69-71.

(2) Boullenois, 19^e *Question*, p. 349 et suivantes.

avoir l'un ou l'autre de ces caractères, selon qu'elle vise immédiatement la personne ou les biens. S'il est réel, la clause sera possible pour avoir effet dans les autres coutumes, car il ne s'agit alors que d'une indisponibilité frappant ces immeubles sis en Normandie ; s'il est personnel, elle ne pourra pas même prendre la moitié des conquêts sis à Paris. Le raisonnement conduit à le considérer comme personnel (1). En effet, puisque l'on considère que le statut établissant la société entre époux est personnel, pourquoi ne pas dire que celui exigeant la non-société ou refusant une société identique entre conjoints l'est aussi ? La question de permission ou de défense n'influe-t-elle pas, en l'espèce, *primario et per se*, sur l'état des personnes, sur leur condition et leur capacité ; pourquoi donc ne pas le dire personnel ? On ne peut nier que ces raisons soient excellentes ; mais elles n'ont cependant pas convaincu la jurisprudence ; ce statut a été considéré en pratique comme prohibitif purement réel ; si on l'avait regardé comme personnel, on n'aurait pas permis à deux Normands domiciliés en cette province de stipuler une communauté valable sur les conquêts parisiens. Or, justement, on le leur permettait ; en ce sens concluent les auteurs normands (2) et les arrêts. Mais, à notre avis, cette jurisprudence est blâmable, d'abord parce que cette prohibition ne pou-

(1) Boullenois, *op. cit.*, p. 415.

(2) Houard, *op. cit.*, au mot : communauté.

vait être que de statut personnel, et ensuite parce que c'est une erreur de voir une prohibition d'ordre public dans cet article 330. Dire que cette défense est réelle (1), c'est se mettre en contradiction avec les arrêts qui admettent comme personnel le statut du régime matrimonial ; ce qui était logique à Rouen, puisque nous avons vu sa jurisprudence décider que la communauté contractée à Paris ne devait pas s'étendre en Normandie, à cause de la réalité du statut, ne l'était pas à Paris, et l'on ne s'explique pas le motif juridique qui a pu déterminer les juges de notre parlement à voir la personnalité dans une permission et la réalité dans une prohibition ; si l'on considère que le régime matrimonial vise les époux avant les biens, il faut qualifier cette défense de personnelle. Il y avait d'ailleurs une seconde inexactitude dans cette façon de voir : Si les juges de Rouen étaient contraints, de par la doctrine par eux admise, d'y voir une prohibition, il était irrationnel de décider de même à Paris ; même en la disant personnelle, ce n'est pas vraiment une prohibition ; s'il y avait eu vraiment une telle défense, la communauté contractée à Paris n'aurait pu violer l'ordre public de Normandie ; puisqu'on le permettait à Paris, c'est qu'il n'y avait qu'une simple exclusion. Nous avons déjà noté la contradiction que contenait une telle conception (2).

(1) Ce qui a été jugé à Paris, le 10 juin 1617, dans l'affaire du maréchal de Fervaques.

(2) Voir p. 71, la théorie d'Anne Robert.

Elle apparaît manifestement ici ; si l'on admet l'extension en Normandie de la communauté, il est impossible de dire l'article 330 prohibitif, même personnel. La vérité, à notre avis, est qu'on ne doit le regarder que comme exclusif, créant chez l'individu domicilié en cette province une incapacité, s'étendant en tous lieux qui l'empêchera de passer une convention de communauté, visant même n'importe quelle coutume, puisque la condition essentielle pour passer un contrat, — la capacité — lui fait défaut ; c'est la seule manière de le concilier avec notre doctrine qui fait pénétrer en Normandie la communauté contractée à Paris ; de sorte que, de quelque côté que l'on envisage cette règle de la coutume, on ne doit jamais lui donner que le caractère exclusif (1). Quoiqu'il en soit, la jurisprudence décidait qu'en vertu d'une telle clause la

(1) Un exemple montrera la différence qu'il y a entre le statut exclusif personnel, et le statut prohibitif d'ordre public personnel. Nous venons de voir un statut exclusif de communauté dans cet article 330 ; voici un cas, moderne il est vrai, où il s'agit de l'autre catégorie des statuts. La recherche de la paternité naturelle est interdite en France même vis-à-vis des étrangers dont la loi nationale le permet car c'est une prohibition d'ordre public ; — mais elle est personnelle car si cette recherche a lieu en Angleterre, où elle est permise, vis-à-vis d'un Français, la filiation résultant de cette recherche, prouvée à l'étranger, sera considérée comme non avenue en France, parceque contraire au statut personnel. Au contraire, si ce statut n'était qu'exclusif, l'étranger dont la loi autorise cette recherche pourrait être inquiété même en France ; mais la décision donnée vis-à-vis du Français à l'étranger resterait vraie, puisqu'il s'agit d'un statut personnel.

femme normande aurait la moitié des conquêts sis à Paris, que ces conquêts comprendraient même les biens donnés au mari et que la femme profiterait, dans cette mesure, du bénéfice d'émolument, toutes solutions que l'on n'aurait jamais dû adopter, nous l'avons démontré il y a un instant. D'ailleurs, ajoutons que la théorie que nous venons de formuler ne s'applique qu'à la Normandie et uniquement au régime de communauté et à l'article 330 ; il ne faudrait pas déduire de là que les autres coutumes ignorant la communauté n'étaient jamais prohibitives ; et que la coutume de Normandie était toujours et seulement exclusive vis-à-vis de tout ce qui concerne les régimes matrimoniaux. La solution que nous avons donnée, en réfutant celle du parlement de Paris comme inexacte, ne concerne que l'interprétation de cet article ; la connaissance de sa teneur doit indiquer d'elle-même les limites à assigner à l'étendue de notre conclusion.

C. — Critique d'une opinion rattachant les régimes matrimoniaux
au statut réel.

Nous avons admis jusqu'ici la personnalité du régime matrimonial — et l'on sait quelles en sont les conséquences, — ce qui nous conduit à conclure que la capacité des époux et l'exécution du contrat, c'est-à-dire en l'espèce, la quote-part que chaque conjoint prendra dans les biens sont de statut personnel. La capacité de

prendre part à la division du patrimoine ; et la quantité de biens qui composera ce lot sont donc, à notre avis, soumis tous les deux à la loi du domicile matrimonial, en quelque lieu que soient situés les immeubles à partager (1). Sans reparler de l'opinion erronée et repoussée sans discussion par des auteurs réalistes même, qui soumet la communauté au statut réel, parce que la convention serait sans force contre la loi (2), il y a eu cependant une autre doctrine plus répandue d'après laquelle la convention aurait, en principe, plus de pouvoir que la coutume qu'elle doit enfreindre ; — ce que niait même théoriquement l'opinion sus relatée — ; mais en notre matière, particulièrement en ce qui concerne la communauté, il y aurait lieu de ne pas donner au contrat l'étendue qu'on lui prête ordinairement, et de disjoindre la capacité au partage, du partage lui-même afin de les soumettre à des lois différentes. A quoi, disait-on, se réduit la communauté ? à quoi tend tout régime matrimonial dans lequel on accorde à la femme des droits à l'époque de la dissolution ? à un partage de biens, d'immeubles ni plus ni moins, tout comme en matière de succession ; il faut donc appliquer les règles que l'on suit dans les partages successoraux ; c'est pourquoi il faut distinguer, dans les droits que la femme a sur les conquêts, deux choses ; d'un côté sa capacité, de l'autre le partage effectif. Sa capa-

(1) Voir page 53 la position de la question maintenant résolue.

(2) Voir page 59.

citée est bien réglée par la loi de son domicile et de statut personnel ; quant au partage, ajoutait-on, il n'en est plus de même ; pour le partage des meubles, l'opinion qui opte pour la personnalité est encore dans le vrai, car les meubles suivent toujours la loi du domicile et sont réglés par elle ; rien n'empêche, en cette mesure, l'appliquer la coutume du domicile matrimonial et du contrat ; mais lorsqu'il s'agit du partage des immeubles, le statut réel reparaît et il est plus fort que la convention des parties (1), de même qu'en matière successorale pure, la part assignée à l'héritier institué dépendra de la loi de la situation des biens, en dépit du testament (2). Enfin, disait-on, cette distinction de la capacité à prendre un certain lot de biens, de statut personnel, et de la quotité que l'on prendra véritablement dans certaines coutumes, de statut réel, n'existe-t-elle pas en matière de donations ?

Que cette opinion ait été soutenue en Normandie, il n'y a pas lieu de s'en étonner excessivement ; mais il est vraiment extraordinaire que des avocats de Paris aient été jusqu'à dire que si le mari d'une femme mariée à Rouen avec un contrat sans stipulation de commu-

(1) Opinion relatée par Frolland, *Mémoires sur les statuts*, p. 480 et suivantes, dans ce sens voir Pesnelle, *op. cit.*, p. 357, réfutant l'opinion admise à Paris d'après laquelle le partage de la communauté est indépendant des lieux de la situation des biens.

(2) Nous avons vu pages 80-81 l'erreur à laquelle on était arrivé en poussant à l'excès cette façon de voir, quant on l'appliquait aux droits de la femme normande réputée héritière de son mari.

nauté, faisait des acquisitions à Paris, cette femme obtiendrait à la dissolution une part dans ces conquêts déterminée d'après la loi de leur situation, car la capacité pour prendre part au partage étant personnelle tombait sous le coup de la coutume normande, mais que le partage et son mode étant réel subissaient la coutume de Paris (1).

L'erreur capitale de cette doctrine a été de méconnaître la force de la convention et surtout de se méprendre sur la vraie définition des statuts personnels et réels; il ne suffit pas, pour les déterminer, de regarder uniquement le résultat; il faut, avant tout, voir la façon dont on y parvient. Le double principe sur lequel repose cette théorie : distinction de la capacité et du partage, assimilation de la communauté aux donations et successions, est inexact en effet. D'abord il est indubitable que lorsqu'il y a un contrat, ce contrat a plus de force que toute coutume réelle non prohibitive, ce qui est le cas de la coutume de Paris, et la femme normande ne doit avoir sur les conquêts parisiens que la part fixée conventionnellement. En outre, il n'est pas vrai qu'il faille soumettre à deux statuts distincts la quotité que la femme prendra et sa capacité; car ici ce partage dépend d'un contrat, et ne doit pas être réputé réel comme celui d'une hérédité qui ne dépend pas de la volonté des par-

(1) En ce sens, arrêt du 19 juillet 1642, et conférence des avocats de Paris du 7 janvier 1712, voir Frolland, *op. cit.*, p. 363 et suivantes.

ticuliers. Le partage de la communauté n'est qu'une suite naturelle du régime adopté par les époux, évidemment (1). Mais c'est une suite qui dépend dans une certaine mesure du libre arbitre des parties, et le seul but dans lequel ils ont par contrat réglé leur capacité est justement en vue du moment où ce partage surviendra. Or, ce partage n'est pas analogue à ceux des successions, réglés par la loi, et où l'on considère la situation des biens. Ce partage, ici, est le résultat d'une obligation contractée entre les époux de laisser prendre à chacun la moitié des biens acquis durant le mariage (2) ; il est, pour ainsi dire, créancier de son conjoint d'une part de meubles et d'immeubles, et l'autre époux n'a pas la faculté de garder cette part sur laquelle il est sans droit, puisque par contrat passé avec son futur époux, il lui a promis la propriété définitive de cette part lors de la dissolution. Ce n'est donc pas un partage réel d'immeubles ; c'est la conséquence d'une obligation réciproque des conjoints, dérivant du contrat de société passé entre eux, obligation qui commence au jour du mariage, subsiste pendant sa durée, et reçoit son exécution lorsqu'il cesse. Cette société, chacun des deux, avant son mariage, aurait pu la conclure avec n'importe qui ; — abstraction faite des théories de puissance maritale. — Le partage a ici sa cause dans la

(1) Bourjon, *op. cit.*, p. 507.

(2) Voir dans *Prévôt de la Jannès*, t. 1^{er}, p. 99, la discussion établissant ce critérium.

convention de société, dans la condition d'époux des parties, dans le régime matrimonial même dont le but était de régler leur état ; avant de voir le résultat, encore faut-il examiner comment et pourquoi on y parvient ; y a-t-il rien là qu'on puisse assimiler à un partage d'immeubles successoral ? il y a vraiment ici, face à face, deux associés conventionnels, deux obligés, deux créanciers et débiteurs réciproques. Et il n'y a pas plus de raison pour tirer argument de ce qui a lieu en matière de dons en général ou d'avantages entre époux. Car d'un côté, ce qui est logique en matière de libéralités faites à des tiers où la question de transmission des biens joue le premier rôle, ne l'est pas en matière matrimoniale où c'est la personne qui est visée tout d'abord ; et de l'autre parce que les dons entre époux sont à nos yeux, nous le verrons en son temps, entièrement régis, eux aussi, par le statut personnel, ce qui permettrait de les rapprocher et non de les opposer, conformément à notre opinion et contrairement à celle que nous combattons. L'erreur de cette doctrine repose donc sur une confusion entre les dépendances des statuts réels et personnels ; elle n'a considéré qu'une chose, c'est qu'il y avait un partage de biens ; mais elle a omis de remarquer que si, en matière successorale, il vise *primario et per se* la transmission des immeubles, en matière de communauté, le sort des biens n'est qu'une conséquence de l'état d'associé des époux ; les formes, les résultats de fait, les règles des deux partages

peuvent être identiques ; là n'est pas la question ; ce qu'il importe de savoir, c'est si ce partage est l'objet principal ou indirect du statut. Le régime matrimonial frappe les associés avant leurs biens ; c'est conclure et répondre en même temps.

SECTION II

Cas où les époux changent de domicile au cours du mariage.

La personnalité des droits des époux et du partage des conquêts étant chose reconnue, il nous reste à voir si ces droits subiront quelques modifications dans leurs données, si les époux, au lieu de demeurer depuis le mariage jusqu'à leur décès soit à Paris, soit en Normandie, ne gardent pas leur domicile matrimonial primitif et changent d'habitation. Le partage des biens, purement personnel, sera-t-il modifié quant à la fixation des parts ? Si nous avons opté pour la théorie de la réalité, la question ne se poserait même pas, ou du moins en partie seulement. Si les immeubles étaient régis par la loi de leur situation, qu'importerait que les conjoints soient à Paris ou à Rouen ? l'intérêt se réduirait aux meubles seuls ; au contraire, il apparaît aussi bien pour les uns et les autres, à nos yeux.

Et d'abord, comment avait lieu ce changement de domicile? Le domicile nouveau s'acquerrait par la réunion de deux éléments, le fait et l'intention; s'il n'y avait que simple déplacement de fait, il y avait alors résidence en un autre lieu, mais non pas changement de domicile: si, d'un autre côté, tout en demeurant à leur ancien domicile, les époux avaient seulement l'intention d'en avoir un nouveau, ils étaient toujours, en droit, domiciliés au premier lieu; il fallait donc un changement matériel joint à l'intention de ne plus avoir au même endroit sa demeure et le siège de ses intérêts pécuniaires. Ceci étant, d'une part, de l'autre sachant que le statut matrimonial est personnel, il semble bien, comme nous l'avons conclu d'une façon générale en matière de capacité, qu'à chaque changement les droits des époux vont se modifier; mais dès alors (1), nous avons indiqué sommairement, et nous y revenons maintenant plus en détail, que d'autres principes, tant pratiques que de droit pur, ont contrebalancé, en cette espèce, la règle juridique générale, et l'on a fini par admettre que ces mutations successives étaient sans conséquences à ce point de vue. Dès le milieu du xvi^e siècle, on trouve déjà cette idée que les meubles aussi bien que les immeubles subissent pour toute la durée du mariage le régime adopté par le contrat, et qui, on se le rappelle, sauf soumission expresse à une

(1) Voir pages 34-35.

tierce coutume, est toujours celui en vigueur au domicile matrimonial, qu'il y ait ou non une stipulation expresse dans ce sens (1). Nombre d'auteurs pensent ainsi (2). Les arguments en faveur de cette doctrine sont nombreux. Lorsque les époux ont passé leur contrat, ils ont par cela même conclu une sorte de pacte tacite en vertu duquel ils s'engageaient à garder toujours ce régime (3); en outre, les droits que l'époux tire de son contrat lui sont acquis dès le jour du mariage; de même que ceux en sa faveur lui seront toujours dûs, de même il doit respecter ceux de son conjoint, et il est lié pour toute la durée du mariage; l'état que les époux se sont donnés par contrat, « est un état personnel attaché à leur état de mari et femme, et comme partout où ils se trouvent ils resteront toujours mari et femme, ils garderont les mêmes droits et qualités (4) ». La femme, tout en étant soumise à la puissance maritale, ne doit pas cependant être dans une dépendance trop absolue et risquer de perdre du jour au lendemain une qualité qu'elle possède; les fraudes du mari seraient trop aisées, et même avec le consentement de la femme, même celle-ci étant disposée à perdre une partie de ses droits, elle ne les en gardera pas

(1) Dumoulin, *op. cit.*, t. III, p. 556, colonne 2.

(2) Frolland, *op. cit.*, p. 1139 et suivantes. Lamoignon, *op. cit.*, titre XXXII, n° 2. Bacquet, *Traité des droits de justice*, t. 1^{er}, ch. XXI, p. 212.

(3) Dumoulin, *op. cit.*, p. 556.

(4) Boullenois, *Question 5*, p. 112.

moins (1). A l'inverse elle ne pourra pas acquérir ainsi une qualité qu'elle ne possédait pas (2). Deux autres motifs juridiques combattent encore en notre faveur. L'immutabilité des conventions matrimoniales s'oppose à l'influence de ces changements (3). C'est un principe d'ordre public, et de même que l'époux se mariant à Paris ne pourrait par contrat exclure la communauté avec faculté d'y revenir ensuite (4), de même le changement de domicile doit être sans influence. Enfin on risquerait ainsi de laisser les époux s'avantager indirectement, perdant ou gagnant tour à tour des droits au profit ou aux dépens de son conjoint, alors que dans les deux coutumes, les dons entre époux étaient, sauf exceptions, interdits. Pour toutes ces raisons, lorsqu'il y avait un contrat, le régime primitivement adopté devait subsister perpétuellement.

Il est donc facile de saisir maintenant la différence de rôle joué par le changement de domicile lorsqu'il s'agit du régime pécuniaire des époux, ou de leur capacité pure et simple, telle que nous l'avons vue à propos de l'autorisation maritale, variant à chaque caprice du mari, tantôt restreinte, tantôt plus étendue. La vérité est que le système général admis à cette époque, et l'on a pu s'en rendre compte au cours du

(1) Bourjon, *op. cit.*, p. 509.

(2) Frolland, *op. cit.*, chap. iv, p. 360.

(3) Auzanet, *Œuvres*, p. 156. Bacquet, *op. cit.*, p. 209.

(4) Lebrun, *op. cit.*, chap. II, p. 20.

chapitre consacré à la capacité de la femme mariée, était de rattacher le statut personnel, réglant la condition de l'individu, à la loi du domicile, de le modifier à chaque changement et de ne faire, des règles admises à propos du régime matrimonial lui-même, qui restait immuable pour des raisons que nous avons vues, qu'une exception vis-à-vis du principe. On avait donc ainsi, au sein même du droit des gens mariés, un système hétéroclite d'après lequel tantôt la loi du premier domicile des époux restait toujours en vigueur, tantôt la loi de la dernière habitation régnait souverainement. La faute n'en était pas à la présence de l'exception apportée au principe ; la faute en était au principe lui-même. Nous avons admis jusqu'ici que le statut personnel était régi par la loi du domicile, et que par suite un individu pouvait à tout instant, au gré de son caprice, modifier sa capacité ; mais le fait de l'avoir constaté n'implique pas que nous approuvions ce système, et ses inconvénients ont d'ailleurs si clairement apparu au cours des siècles qu'il est aujourd'hui totalement abandonné. L'exception est devenue la règle. Il n'y a plus aujourd'hui de conflits de coutumes ; mais il y a des conflits entre nations voisines ; or, de nos jours, c'est la loi nationale qui suit partout la personne, quand bien même son domicile serait transporté de lieu en lieu. La capacité de la femme mariée ne varie plus avec ses changements de demeure ; elle est dans une situation non pas de tous points semblable, mais analogue

à celle qui lui était faite jadis quant à ses droits pécuniaires ; les mutations n'influaient pas sur eux ; aujourd'hui, en outre c'est sa capacité qui reste immuable, cette capacité qui variait autrefois au gré du mari ; et c'est en comparant le passé avec le présent que l'on se rend compte des injustices qu'on acceptait et des défauts des théories adoptées.

A. — Du transfert du domicile de Paris en Normandie.

L'application de ces principes tels qu'on les admettait au xvii^e siècle, n'a pas d'ailleurs été faite d'une façon invariable par les arrêts, et les jurisconsultes d'une opinion adverse n'étaient pas rares à cette époque. Mais il faut remarquer que ces derniers sont tous Normands et que les arrêts dans ce sens émanent du parlement de Rouen. Au début du xvii^e siècle, tous étaient d'avis, dans cette province, que le changement de domicile influait sur les droits des conjoints. Ils ont été jusqu'à dire (1) que si le contrat est passé à Paris avec stipulation de communauté, mais que le domicile soit transporté en Normandie, et que le mariage soit dissous pendant ce temps, la société sera réglée de telle façon que la femme n'aura droit ni aux meubles, ni aux conquêts. La base de leurs idées est totalement fausse ; partant de ce principe que le statut matrimo-

(1) Bérault, *Œuvres*, t. II, p. 62.

nial de communauté en l'espèce est réel, ils décident que tour à tour les époux seront ou non communs en biens, suivant qu'ils seront domiciliés ici ou là, et que la loi de leur contrat ne sera pas prise en considération ; mais ils ne s'aperçoivent pas que, en voulant trop prouver, ils donnent des arguments contre eux : si l'on suit en effet la loi du domicile, c'est que l'on admet le statut personnel ; alors comment prétendre en même temps que la communauté est de statut réel ? D'ailleurs, d'autres font une distinction entre les meubles et les conquêts, soumettant les premiers seulement à la loi du domicile, les seconds à celle de leur situation (1). Ils prétendent aussi que la communauté n'ayant lieu que du jour de la dissolution du mariage, le mari pourrait jusqu'alors disposer à son gré des biens, et qu'il n'y a pas lieu de s'occuper d'une coutume où l'on n'a plus son domicile (2), solution qu'ils appliquent même au cas où tous les conquêts des époux sont situés à Paris. Les arrêts de Rouen sont d'ailleurs rendus dans le même esprit, avec une partialité évidente (3), et les juges se laissaient sans doute emporter par l'ardeur de la controverse, partageant en cela l'opinion de certains des avocats de Rouen. Car à Paris, on se prononçait en faveur de l'immutabilité ; et même Basnage, avocat

(1) L'opinion citée par Frolland, *op. cit.*, p. 200.

(2) Brodeau sur Louet, t. I^{er}, p. 215.

(3) Arrêt du 9 août 1743 dans l'affaire Taillebot. Arrêt du 19 août 1646, affaire de Lastre cités par Basnage sur les articles 330 et 389.

à Rouen, après avoir constaté sur ce sujet les divergences des deux parlements une fois de plus, prend parti dans notre sens (1), car il faut, dit-il, respecter l'action personnelle de la femme, sinon la convention serait directement violée, et il lui accorde tous les droits qu'elle aurait eus si elle était restée à Paris. On considérerait donc aussi en notre ville que le droit de communauté était né dès le jour du contrat (2), et si l'on admettait que la capacité de l'individu et ses droits en ce qui concerne les meubles variaient avec la loi du domicile, au moins faisait-on exception pour ce qui a trait au mariage, et tous les arrêts de Paris sont rendus avec cette idée essentielle pour base, ce qui est bien en effet la solution rationnelle à adopter (3).

B. — Du transport du domicile de Normandie à Paris.

L'hypothèse inverse à la précédente se présentait aussi fort fréquemment. Si deux époux se mariaient en Normandie avec un contrat — sans clause de communauté bien entendu — et si au cours du mariage ils venaient se domicilier à Paris, quels allaient être les droits

(1) Basnage, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 548.

(2) Arrêt du 26 mars 1588, à Paris, voir Brodeau, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 214.

(3) Frolland, *op. cit.*, p. 200 et suivantes. De l'Hommeau, *op. cit.*, p. 179. Denizart, *Arrêtés*, p. 263. Acte de notoriété du 4 avril 1703 dressé au Châtelet.

de la femme à la dissolution ? la femme avait-elle, par ce transfert, acquis des droits de communauté ? Cette question était résolue différemment suivant les auteurs. Ceux de Normandie penchaient pour l'affirmative, arguant toujours de la réalité de la coutume et de la communauté. A Paris, au contraire, la solution négative était suivie (1). Par une juste idée de réciprocité, on ne donnait à la femme normande venue à Paris que la part fixée par sa coutume, de même qu'on l'aurait fait si elle était toujours restée en Normandie, la translation de domicile ne pouvant en effet faire acquérir à la femme la qualité de commune qui lui était auparavant totalement étrangère. Par suite, donner à la femme dans ce cas la moitié des conquêtes acquis depuis le transfert du domicile à Paris (2) est, à notre avis, une fausse application des principes.

Les partisans même de la doctrine de la réalité de la communauté, apportaient une exception à leur théorie. Nous avons toujours supposé que le changement de domicile des époux était volontaire ; c'est en se plaçant dans ces circonstances que nous avons étudié la jurisprudence normande. Mais lorsque le changement était indépendant de leur volonté, les solutions par eux données différaient sensiblement (3). Le motif qui les incite

(1) Frolland, *op. cit.*, p. 4288 et suivantes.

(2) En ce sens arrêt du 9 mars 1715. Frolland, *op. cit.*, p. 362.

(3) Voir Basnage, t. II, p. 80. Frolland, *op. cit.*, p. 230.

à déroger à leur axiome et à laisser subsister, en dépit du nouveau domicile, les droits de la femme tels quels sur les nouveaux conquêts, est l'absence de toute idée de fraude de la part des époux. Etant appelés en Normandie par une charge publique ou une fonction officielle, ils n'ont pu y venir dans le seul but, après avoir tourné les prohibitions normandes, en demeurant quelque temps à Paris, de réaliser leur désir de demeurer en cette province, étant à couvert sous la protection de la coutume voisine. Et il est curieux de voir que la seule cause qui ramène les auteurs normands à une opinion plus sensée soit l'idée d'absence de fraude contre la coutume, alors qu'il y avait tant de raisons juridiques et pratiques qui auraient dû le leur faire admettre dans tous les cas.

SECTION III

Des contrats passés avec esprit de retour.

Il ne faut cependant pas s'étonner outre mesure de l'importance que les auteurs attachaient à l'idée de fraude, car il est indiscutable que pour échapper aux restrictions que la coutume normande mettait aux droits de la femme, les époux allaient souvent à Paris, élire un domicile momentané et passager, où ils ne demeureraient que quelques jours, juste le temps suffisant pour pou-

voir se dire domiciliés à Paris et par suite pouvoir adopter le régime de communauté. Nous avons vu en effet qu'une simple résidence à Paris aurait été insuffisante dans ce but, puisque, quel que fût le lieu de la passation du contrat, il était toujours réputé fait au lieu du domicile matrimonial. Or, c'est ce domicile matrimonial que les époux fixaient à Paris fictivement en quelque sorte, affectant l'intention d'y demeurer définitivement, bien que tous deux, ou un d'entre eux parfois, aient eu la volonté secrète de retourner ensuite dans le lieu où ils demeuraient avant le mariage. La faculté qu'on reconnaissait à deux Normands de se marier suivant le régime en vigueur à Paris lorsqu'ils voulaient y fixer leur domicile dans l'avenir (1), les portait à s'y domicilier quelques jours afin de se prévaloir de cette faveur, puis à retourner peu après en Normandie. Il appert des ouvrages des juristes et des nombreux arrêts rendus en cette matière, que cette fraude était fréquente, pour éviter les rigueurs de l'article 330; mais il ne faut pas comprendre comme frauduleux le cas où les époux ayant la ferme volonté de rester définitivement à Paris, reviennent en Normandie longtemps après leur mariage, ou même peu de temps après, pour une cause indépendante de leur volonté. Leur intention de demeurer à Paris, leur départ contraire à leurs désirs, étaient autant de garants de leur loyauté. Ils ne rentraient donc

(1) Voir pages 61 et 75.

pas dans l'hypothèse prévue, où la fraude est flagrante, et que les auteurs désignent du nom « d'esprit de retour ».

Elle pouvait se produire dans un double sens. Ou bien deux Normands, ou un Normand épousant une Parisienne, évisaient domicile fictif à Paris, avec l'intention de revenir ensuite en Normandie, ou bien deux Parisiens allaient contracter en Normandie et revenaient à Paris, où ils avaient toujours voulu demeurer en fait. Il est bien évident que dans ces deux cas il y avait fraude ; mais si le premier réalise bien exactement l'hypothèse prévue, où le domicile élu n'est là que pour tourner la coutume, le deuxième ne constitue pas à proprement parler une fraude à la loi ; s'il y avait quelqu'un de lésé dans ce cas, ce n'était pas le législateur aux règles duquel on échappait. — puisque même à Paris on pouvait se soumettre à la coutume normande par contrat (1) — mais c'était bien plutôt la femme qui perdait ainsi une partie de ses droits, ce qui était juste et logique quand leur domicile matrimonial devait réellement être en Normandie, ce qui était une spéculation du mari à ses dépens quand il avait l'arrière-pensée de revenir à Paris. Dans les deux cas, il y a donc bien fraude, mais c'était tantôt contre la coutume, tantôt contre la femme.

En ne s'attachant qu'au premier, au seul rentrant véritablement dans l'hypothèse dont s'agit, la question se

(1) Voir page 76.

ramène à ceci : était-il possible d'élire un domicile fictif à Paris, momentanément, dans le seul but d'adopter le régime de communauté. Le problème se pose différemment selon qu'il s'agit de deux Normands ou d'un Normand venant à Paris épouser une Parisienne qui y était jusque-là domiciliée : ce n'est pas d'ailleurs que tous soient d'accord sur la solution à donner à chacun de ces points ; mais en pratique les deux cas étaient nettement distincts.

Lorsqu'un Normand vient à Paris épouser une Parisienne avec esprit de retour, les auteurs normands refusent effet en Normandie à une telle communauté (1), et il est évident que leurs arguments sont excellents. Il est raisonnable en effet de soutenir que celui qui se marie à Paris dans ces circonstances est toujours domicilié réellement en Normandie ; que ce qu'il décore à Paris du nom de domicile n'est qu'une résidence, puisque l'un des deux éléments constitutifs du domicile : l'intention vraie, fait défaut ; sa déclaration ne doit pas avoir d'effet, en dépit de toutes les clauses insérées au contrat ; le domicile des conjoints étant véritablement en Normandie, sa coutume étant exclusive de communauté, celle qui sera stipulée au contrat sera dénuée de résultats comme si elle avait été passée en Normandie même, n'ayant à Paris qu'une résidence

(1) Bérault, *op. cit.*, sur l'article 389. Basnage, t. II, p. 80. Godetroy, *Commentaires*, sur l'article 389.

dissimulée sous le nom de domicile passager (1). Ces arguments étaient en faveur aussi au parlement de Rouen qui a jugé souvent dans ce sens, entre autres le 10 mai 1701 (2). Contrairement à son habitude d'avoir une doctrine absolument opposée à celle de la province voisine, le parlement de Paris, et les auteurs, font preuve sur ce point d'une indécision notoire. Il est d'abord une chose certaine (3); c'est que tous les juristes (4) donnent effet à une communauté ainsi contractée à Paris, lorsqu'il y a dans le contrat une clause spéciale, comme celles dont nous avons fait mention; et encore quelques-uns prétendent-ils que la clause de stipulation expresse est insuffisante, et qu'il faut au moins celle portant dérogation à la coutume normande (5). Mais lorsque cette clause fait défaut, les uns penchent pour une solution identique (6), les autres refusent tout effet (7). A notre avis, on ne doit ja-

(1) Logiquement, avec leur théorie de la prohibition réelle de l'article 330, les auteurs auraient dû laisser effet à une telle stipulation hors de Normandie, voir p. 86, et lui refuser absolument tout effet; c'est donner raison à la théorie que nous avons soutenue d'après laquelle il n'y avait là qu'une exclusion de statut personnel.

(2) Jugement dans l'affaire Onfroy de Saint-Aubin, voir Frolland, *op. cit.*, chap. II.

(3) Renusson, *Traité de la communauté*, chap. IV, n° 24. Serieux, *op. cit.*, p. 200.

(4) Voir pourtant en sens contraire Le Maistre, *op. cit.*, p. 226.

(5) Boullenois, *op. cit.*, p. 113.

(6) Renusson, *op. cit.*, n° 38.

(7) Bacquet, *op. cit.*, t. I^{er}, chap. XXI, n° 74.

mais reconnaître effet à un tel contrat, en dépit de toute clause spéciale, car pour l'insérer, il faut au moins en avoir la capacité, ce qui n'était pas vrai dans ce cas, le domicile réel, sis en Normandie, ne l'accordant pas. Il est d'abord un argument pratique qu'on nous oppose. Si l'on refusait à un Normand épousant une Parisienne, de stipuler une communauté, maintes fois le mariage serait impossible, la femme voulant profiter des avantages de sa coutume et refusant d'en adopter une autre, et il est assez naturel, disait-on, que cette coutume apparaisse comme « répugnante » à ceux qui sont domiciliés à Paris (1). On doit considérer que du moment qu'un des époux était toujours auparavant domicilié à Paris, il n'y a rien d'exorbitant à permettre l'adoption du régime de cette coutume. En outre, ne peut-on dire qu'il n'y a pas de motif pour qu'en l'espèce la coutume de Normandie l'emporte sur celle de Paris, puisqu'en réalité les époux ne vont en Normandie qu'après le mariage (2). Ces arguments nous paraissent assez faibles et les avocats normands les réfutaient fort bien, en montrant, comme nous l'avons dit, que le véritable domicile étant en Normandie, seule cette loi régissait la capacité du contractant. Le Normand étant lié par la prohibition de son domicile, elle le suit en tous

(1) Sérieux, *op. cit.*, p. 194, Boullenois, *op. cit.*, p. 113, Renusson, *op. cit.*, chap. iv, n° 24.

(2) Boullenois, *op. cit.*, p. 113.

lieux ; de sorte qu'ils reconnaissent ici ce qu'ils niaient tout à l'heure, à savoir le caractère tout personnel de l'article 330. Par suite, et logiquement selon nous, on ne pouvait lui permettre dans tous les cas, qu'il y eût ou non clause spéciale, de contracter une communauté à Paris, avec l'esprit de retour, puisqu'il y avait incapacité personnelle. D'ailleurs, les arrêts rendus à Paris même à la fin du xvi^e siècle et au début du xvii^e admettaient cette façon de voir, et en dépit de toutes clauses dérogatoires (1) ; mais il est certain qu'au xviii^e, le Parlement de Paris s'était déjugé et décidait valable un tel contrat, lui donnant autant de valeur que si le domicile avait été définitivement fixé à Paris (2). La jurisprudence parisienne était donc finalement dans l'erreur, et, à notre avis, n'avait pas vu juste dans la question ; pour une fois, le parlement de Rouen était dans le vrai.

En est-il de même s'il s'agit de deux Normands jusqu'alors domiciliés en Normandie. Il est évident qu'à nos yeux, *a fortiori*, la nullité ne se discute pas, et, en Normandie, auteurs et parlement abondaient dans ce sens (3) ; mais à Paris, si quelques-uns penchaient

(1) Dans ce sens arrêt de Fervaques du 10 juin 1617 qui appliqua la théorie que nous soutenons. Voir Frolland, *op. cit.*, p. 248. Basnage, *op. cit.*, t. II, p. 80-81.

(2) Frolland, p. 249. Pothier, *Traité de la communauté*, p. 62.

(3) Frolland, *op. cit.*, p. 249, arrêt du 23 avril 1698. Duplessis, t. I, p. 359.

en faveur de cette opinion (1), beaucoup soutenaient encore que la force de la convention était supérieure et qu'on devait l'observer en tous lieux, sans s'apercevoir qu'ils contredisaient d'un seul coup tous les principes par eux admis relatifs au statut de la capacité, à la loi qu'il fallait suivre lorsqu'un contrat était passé, et à tant d'autres points ; et ils ajoutaient, ce qui mettait le comble à l'incohérence : « en quoi y aurait plus de doute si le survivant des mariés n'était fondé que sur la coutume et non sur une paction matrimoniale (2) », ce qui démontre qu'ils n'oubliaient qu'une chose : c'est que pour passer un contrat, il faut préalablement avoir la capacité requise. Le parlement de Paris suivait d'ailleurs cette façon de voir, et on ne le met plus en doute au XVIII^e siècle (3), ce qui confirme bien ce que nous disions précédemment qu'au XVIII^e siècle le courant de la jurisprudence était orienté d'une façon complètement opposée à celle du XVII^e, et l'erreur apparaît ici tout aussi clairement qu'au premier cas ; c'est le même oubli des notions les plus élémentaires. S'il était bon de ne pas se laisser aveugler par la soi-disant réalité des coutumes, il ne fallait pas non plus s'obstiner dans les théories adverses, sous peine d'arriver, ainsi que nous venons de le voir, à des contradictions capitales.

(1) Renusson, chap. iv, n° 24. Boullenois, *op. cit.*, p. 113.

(2) Choppin, *Coutume de Paris*, livre II, p. 121.

(3) Frolland, p. 249, cite un arrêt en ce sens du 17 juillet 1700. Duplessis, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 359.

Comme on ne se heurtait plus à aucune incapacité coutumière, la doctrine parisienne reprenait pleinement raison en décidant qu'un Parisien pouvait aller se marier en Normandie, tout en ayant l'esprit de retour, et adopter le régime normand (1). Il ne faut pas suivre, à notre avis, une opinion émise au cours du XVIII^e siècle, d'après laquelle un Parisien se mariant dans ces conditions ne pouvait choisir que le régime de communauté, car on doit suivre la loi du domicile matrimonial, et non celle du lieu de la passation du contrat (2). C'est une règle sans doute que nous avons démontrée, et même appliquée dans le cas précédent ; mais c'est, qu'alors, il était question d'une capacité restreinte ; ici, au contraire, étant donné que l'on permettait à Paris d'insérer dans le contrat une clause de soumission à un régime quelconque, il semble bien qu'il faille interpréter cette opinion comme vraie seulement en partie, ou plutôt dire qu'elle n'envisage qu'un des côtés de la situation et conclure que le Parisien sera libre d'opter pour tel régime qu'il lui plaira. Il n'y a pas à objecter la prohibition normande de l'article 330, puisqu'il ne s'agit encore que d'une question de capacité, régie par la coutume du domicile, et non pas de l'exécution du contrat (3). Comme nous l'avons fait observer, l'adoption du régime normand ne peut nuire qu'à la femme. Si donc

(1) Sérieux, *op. cit.*, p. 196.

(2) Pothier, *op. cit.*, p. 62.

(3) Renusson, *op. cit.*, chap. IV, n° 24.

il y a un contrat par lequel elle y consente, pourquoi lui accorder à toute force des droits dont elle n'a pas voulu ? Peut-on objecter qu'il y aurait ainsi avantage indirect entre époux ? Qu'importe, puisque par contrat de mariage, la coutume de Paris les autorisait entre époux. Et remarquons pour terminer que ce que nous venons d'admettre en cette espèce ne contredit nullement la première solution, puisque le Parisien était capable de passer tel contrat qui lui plaisait ; tandis qu'au contraire le Normand en était privé ; tout cela en revient toujours à une question de capacité.

SECTION IV

Des formalités de la dissolution du régime matrimonial.

Ayant admis la personnalité du régime de communauté et son extension aux meubles et conquêts que les époux possédaient en Normandie, et que, en dépit du transfert du domicile, la communauté subsistait, on peut se demander quelles formes il faudra employer, pour qu'à la mort d'un des époux, la communauté soit réputée vraiment dissoute. L'article 240 de la coutume de Paris exigeait, pour que ce régime soit définitivement terminé, qu'il y eût un inventaire passé dans le délai de trois mois du décès du prémourant, et qu'il fût fait

« avec personne capable et légitime contradicteur ». Ces formes spéciales à l'inventaire, ces délais, devaient-ils aussi être observés lorsque le dernier domicile était en Normandie ? Un simple inventaire, selon les règles de cette province, — nous entendons par là un inventaire comme il s'en faisait dans tous les cas où l'on en exigeait un ; la communauté y étant inconnue, il est évident qu'aucune forme spéciale n'était prescrite pour ce cas — était-il suffisant pour la dissoudre ? La question a été tranchée par un arrêt rendu le 19 août 1655, où l'on jugeait qu'un inventaire passé en la forme normande était insuffisant pour opérer la dissolution de la communauté, et que les enfants pouvaient se prévaloir de sa continuation (1). A première vue, il semble que cet arrêt soit contraire à la règle *locus regit actum* ; l'inventaire n'est-il pas un acte pur et simple ? or, la présence du légitime contradicteur, l'obligation de le terminer dans les trois mois, est-ce là autre chose que des formalités de cet acte ? Mais l'arrêt a compris autrement la question en se plaçant à un autre point de vue ; si l'on remarque que cet inventaire n'a pas seulement un but énumératif en quelque sorte des biens de la communauté, mais est ordonné pour éviter des fraudes aux dépens des enfants, comme l'ordonne aujourd'hui l'article 1442 du code, si l'on considère que son véritable objet est de dissoudre la communauté — et que faute de l'avoir

(1) Duplessis, *op. cit.*, t. II, p. 98.

accompli elle subsistait alors — il faut avouer qu'il y a là quelque chose de plus qu'un acte de pure forme, mais une suite pour ainsi dire de la communauté, une certaine portion de ses caractères propres ; dès lors il devenait logique de suivre les règles régissant cette communauté, même en Normandie, puisqu'on la disait de statut personnel. Il n'y a même pas à dire (1) que faute de la clause dérogatoire avec soumission à la coutume de Paris qui, en fait, figurait au contrat dont s'agit, on aurait jugé différemment ; car la seule influence que cette clause aurait pu avoir, se serait exercée sur l'étendue de la communauté ; or, la jurisprudence parisienne reconnaissait dans tous les cas la personnalité du régime matrimonial. Le vrai motif de l'arrêt, rapport de l'inventaire et des règles de fond de la communauté, était indépendant de la présence de la clause. Faut-il adopter cette autre opinion d'après laquelle il serait bon de distinguer selon la province où se trouve le dernier domicile ? est-ce une province ignorant la communauté ? la règle établie par l'arrêt s'applique ; est-ce une province autorisant la communauté mais exigeant d'autres formes pour sa dissolution ? auquel cas la règle *locus regit actum* reprend tout son empire. Juridiquement cette opinion n'est pas fondée, car elle admet un rapport de l'inventaire et du régime qu'elle détruit quelques lignes ensuite. Il faut choisir entre ces deux partis : faire de

(1) Renusson, *op. cit.*, nos 32 et 33. Frolland, *op. cit.*, ch. v, p. 408.

l'inventaire un acte de pure forme ou une règle de fond de la communauté. Il est évident que les deux opinions peuvent séduire et que chacune peut se soutenir, mais il ne faut pas établir une transaction qui ne satisfait plus à personne.

CHAPITRE II

DES ÉPOUX MARIÉS SANS CONTRAT

SECTION I

Epoux mariés à Paris.

Il arrivait fréquemment que les époux ne prenaient pas la précaution de passer un contrat dans le but de régler leurs droits pécuniaires ; cette situation ne présentait à vrai dire pas grand inconvénient lorsque les biens des conjoints, s'ils avaient des conquêts immeubles, étaient tous situés dans la province où ils avaient leur domicile et s'étaient mariés, nous nous en rendrons

(1) Duplessis, *op. cit.*, t. II, p. 98.

bientôt compté. Dans le cas où ils n'avaient pas d'immeubles, mais seulement des meubles ou deniers, à condition que leur domicile n'eût pas varié entre le mariage et sa dissolution, il n'y avait pas non plus de difficultés ; mais la situation n'était pas toujours aussi simple, et c'est justement parce que les immeubles étaient souvent sis en diverses provinces ou que leur domicile avait varié, que la question devenait plus délicate à résoudre.

Le problème consistant à savoir la façon dont il fallait régler les droits des époux lorsqu'ils avaient des biens en différents lieux et s'étaient mariés sans contrat, a été appelé la *famosissima quæstio*, nom que le conseiller belge Van der Muelen avait donné à un ouvrage traitant de ce sujet (1). Dès le xvi^e siècle les juristes français connurent cette question, et bien que nous n'ayons eu l'intention de n'envisager que la période partant de la fin de ce siècle, nous sommes contraints, en ce qui concerne ce point particulier, d'étudier les opinions suivies par les deux grands juristes rivaux Dumoulin et d'Argentré, dont les théories ont servi de base et de pivot aux doctrines adverses adoptées l'une à Paris, l'autre à Rouen, de même qu'en ce qui touchait au caractère qu'il fallait attribuer à la coutume normande.

Nous avons déjà émis cette idée que le contrat de

(1) Laurent, *Droit international*, t. V, p. 385.

communauté n'était pas autre chose qu'un contrat de société dans son essence, passé entre deux époux au lieu de l'être entre deux étrangers. Cette société, nous l'avons étudiée dans le chapitre précédent lorsqu'un contrat la mentionnait, lorsque les parties donnaient dans une convention leur consentement exprès à l'adopter avec toutes ses conséquences juridiques ; or, ne peut-on concevoir aussi que, dans le cas où aucun contrat n'a été passé, c'est uniquement parce que les époux ont jugé inutile de traduire expressément un consentement qu'ils donnaient tacitement ? ne peut-on pas dire que le fait de ne rédiger aucune convention matrimoniale qui, dans la généralité des contrats, était identique au régime même, tel qu'il était dans la coutume, implique nettement l'intention de choisir le régime que la coutume a déterminé ? A quoi bon faire un contrat et donner un assentiment exprès à un accord qui n'est pas autre chose qu'une copie de la coutume ? Ne suffit-il pas de savoir que l'on s'y conformera, en vertu d'un pacte tacite (1). C'est là le point initial dont est parti Dumoulin et l'idée d'une convention tacite est inséparable pour lui de l'idée d'absence effective de contrat. Il n'y a jamais, à vrai dire, d'époux mariés sans contrat ; il est tantôt exprès, tantôt tacite ; mais il y en a toujours un. Cette conception permet facilement de déterminer le caractère qu'aura le statut

(1) Voir cette idée déjà exprimée, pages 62-63.

matrimonial de communauté lorsque les époux se seront mariés à Paris. Abstraction faite de la qualité du contrat, on reste dans un cas comme dans l'autre en présence d'une convention ; or, nous l'avons dit maintes fois, la convention est de statut personnel, en ce sens qu'elle a force en tous lieux, sauf l'obstacle né des coutumes prohibitives. Cette convention tacite était donc en tous points assimilable à celle rédigée expressément et avait une extension identique (1). Ainsi ce n'est pas la coutume réelle du lieu qui régit les époux ; ce n'est pas du moins la coutume en tant que disposition générale ; mais c'est uniquement parce que le contrat tacite passé par les parties s'y est référé et l'a adopté comme devant être le régime matrimonial des conjoints (2). De cette façon Dumoulin évitait l'écueil de l'adage en faveur à cette époque : toutes coutumes sont réelles ; on était d'accord que la convention était plus forte que la réalité des coutumes non prohibitives ; en parvenant à voir une convention, même tacite, alors qu'il y avait

(1) Dumoulin, *Œuvres*, t. 1^{er}, p. 963. *Quemadmodum quilibet contractus, sive tucilus, sive expressus ligat personam et res disponentis ubique, nonobstat quod hujus modi societas non est expressa, sed tacita, nec oritur et contractu expresso partium sed ex tacito... quia causatur et introducitur ab ipso vero partium consensu qui enim simpliciter contrahunt in loco sui domicilii intelliguntur eo ipso contrahere et pascici secundum mores.*

(2) Dumoulin, , *et quando consuetudo inest contractui, non inest tanquam lex publica, sed tanquam jus consuetudinarium, nec per modum legis, consuetudinis, vel statuti, sed tanquam pars contractus, et lex privata et conventionalis a contrahentibus volita, inducta et disposita.*

absence de contrat, on retombait dans un principe général sans enfreindre aucune règle.

Pour rationnelle que fût cette théorie, elle n'était pourtant pas admise de tous, et à un double point de vue, on la critiquait. L'idée de convention tacite, la personnalité du statut à laquelle on parvenait ainsi, devaient déplaire aux juristes d'une époque où la souveraineté de chaque coutume en son territoire était considérée seule exacte et sensée. C'est d'Argentré qui fut le porte-paroles de tous les adversaires de Dumoulin. La principale objection que l'on faisait à son système était basée sur ce fait que s'il est vrai que la coutume fournit un régime aux époux lorsqu'ils ont omis de le fixer eux-mêmes, ce n'est nullement en vertu d'une convention tacite ; il n'y a pas de convention dans ce cas ; il n'y a pas de personnalité à admettre ; il n'y a entre les conjoints aucun accord joint par eux au texte de la coutume ; ils n'ont passé aucun contrat ; rien de conventionnel ne les lie ; s'il sont mariés sous le régime de la coutume, c'est uniquement parce que la coutume régit tous ceux qui sont en ses limites ; or, puisque c'est la coutume et non la convention qui préside à leurs droits, il n'y a aucun statut personnel en jeu ; il n'y a qu'un statut réel ; « ils veulent, a-t-on dit à propos de ces juristes (1), que la coutume tienne lieu de contrat ; les époux doivent donc l'accepter avec le caractère qui lui

(1) Laurent, *op. cit.*, t. V, p. 387.

est propre ; or, il est de l'essence des coutumes d'être réelles ». Selon les expressions mêmes de d'Argentré l'étendue du régime matrimonial, à défaut de contrat, ne peut être supérieure à celle de la loi (1). Ce qui revient à dire que les biens des époux seront régis quant aux meubles par la loi du domicile, quant aux immeubles par celle de leur situation, et c'est ce qui a fait écrire à d'Argentré : *statutum parisiense quod communionem conquestuum inducit inter conjuges vere reale esse, ideoque suum effectum non producere ad bona alibi sita* (2), ce qui est la conclusion exactement inverse de la première ; le même statut de communauté est ici devenu réel ; de sorte que, selon que l'on préfère l'une ou l'autre de ces opinions, les caractères de la communauté régissant les époux sans contrat sont absolument différents ; conventionnelle et personnelle, coutumière et réelle, tel est le double aspect sous lequel elle apparaît suivant le parti d'où l'on se place.

(1) D'Argentré, *op. cit.*, p. 685-686. *Quod Molinaeus a simplici consuetudinis dispositione elicit partium conventionem et pactum, citra ullam conventionem partium adjectam consuetudini, rationem non habet ; sed, quod ejus modi sunt non amplius virium habent quam quantua lege accipiunt, lex non amplius quam a legislatore, legislator non plus quam quantu territorii habet ;... nec ista conventio quam interpretativa Molinaeus facit ad matrimonii, antecedentiam ullum per se effectum potest producere, cum conventio dici non debeat sed simplex assensus, quare non est putanda statutaria aut legalis dispositio transire in conventionalem, ut diversum et alium per se effectum producat.*

(2) Page 690.

Cette dualité de doctrines des deux chefs d'école, n'était pas d'ailleurs motivée par un simple esprit de chicane et de rivalité ; chacun d'eux avait pleine foi dans son système et le voyait seul exact ; et chacun avait raison dans son sens, car il faut bien le noter, ils ne raisonnaient pas sur la même question, ou du moins sur le même côté du problème. Ils ne pouvaient pas s'entendre puisqu'en fait leur discussion ne portait pas sur un objet identique, car la communauté ne leur apparaissait pas sous le même jour, et chacun d'eux y voyait une institution différente (1). « Les uns, comme d'Argentré ont cru réelle la société entre mari et femme ; les autres, comme Dumoulin, l'ont cru personnelle ; les premiers se sont persuadés que celle-ci n'avait eu que les biens pour objet et n'avait eu par conséquent pour but que de les régler, les autres ont cru qu'elle ne concernait que les personnes et que toute l'œuvre de la loi était de donner un état aux conjoints. » Il est évident qu'on peut considérer la communauté sous ces deux faces ; mais n'est-il pas évident aussi que tous deux avaient raison, car qui dit statut visant les biens dit statut réel, et réciproquement. Dès lors, rechercher laquelle de ces deux doctrines prévalut, cela revient uniquement à voir laquelle des deux conceptions de la communauté triompha ; car, si la véritable discussion roulait en apparence sur l'idée de convention

(1) Boullenois, *Des démissions de biens*, p. 109.

tacite, il ne faut pas oublier que cette notion n'a été pour Dumoulin qu'un argument justificatif de la personnalité qu'il prêtait à la communauté et qu'il était forcé de lui prêter, étant donné la façon dont il la regardait, de même que la réfutation de cette même idée a été le seul moyen pour d'Argentré d'arriver à la conclusion de réalité que lui imposait sa conception de ce régime ; ce n'était que le moyen vis-à-vis du but auquel ils tendaient, à savoir la personnalité ou la réalité de la communauté en l'absence d'un contrat

Jusqu'au milieu du XVIII^e siècle, elles se partagèrent l'opinion, ou plutôt, tandis que les doctrines de Dumoulin étaient reçues à Paris, en Normandie, on ne croyait qu'à d'Argentré. Ce n'est pas à dire que la notion de convention personnelle et tacite ait été acceptée sans résistance même à Paris ; ce n'est guère qu'à la fin du XVII^e siècle que l'unanimité des avocats parisiens la déclara la meilleure ; jusqu'à cette époque il y eut dans notre ville des esprits enclins à la rejeter (1) ; mais au XVIII^e siècle le sujet ne se discutait même plus (2). A Rouen, c'est l'opinion contraire qui avait prévalu ; il suffit de lire les œuvres des commentateurs pour s'en convaincre, ce qui était une conséquence à peu près inévitable de la passion avec laquelle ils défendaient la réalité de leur coutume contre toute invasion

(1) En ce sens Choppin et Charondas le Caron.

(2) Boullenois, *op. cit.*, p. 110, Bacquet, *op. cit.*, chap. XXI, p. 208.

étrangère ; mais c'est certainement l'un des points qui fut le plus discuté entre les deux parlements, et toujours, ici et là, on les solutionna suivant une ligne de conduite invariable.

De nos jours, l'avis de Dumoulin a triomphé partout, et ce n'est que la résultante de l'idée qu'on se fait de la communauté ; considérant que ce régime visait la personne avant les biens, la personnalité de son statut ne pouvait être mise en doute. D'Argentré avait donc commis une erreur en soutenant son caractère réel, et en la disant coutumière, c'est-à-dire imposée par la coutume, car, « à vrai dire, la coutume est hors de cause ; c'est la volonté des époux qui fait tout ; elle leur tient lieu de loi ; donc il n'est pas question de statuts, ni personnels ni réels ; la question, si question il y a, est décidée par la volonté des parties. Je sais que si je me marie sans contrat, je serai régi par la communauté telle que la coutume ou la loi l'organisent ; c'est ce régime que je veux adopter ; je n'ai pas besoin de le stipuler ; la loi le stipule pour moi ; elles disent ce que moi j'aurais dit si j'avais fait un contrat ; si donc je suis marié sous le régime de communauté, c'est par ma volonté » (1). D'ailleurs il ne faut pas s'abuser sur le sens à donner ici aux mots : statuts personnels, et nous répétons pour la convention tacite ce que nous avons déjà dit à propos des contrats

(1) Laurent, *op. cit.*, t. V, p. 390.

exprès (1) ; il ne faut entendre par là qu'une seule chose : extension en tous lieux des règles de ce régime, car, à proprement parler, il n'y a pas véritablement ici de statut en jeu ; « le vrai statut est la loi, ne demandant pas à ceux qu'elle régit s'ils veulent accepter ses dispositions, mais leur imposant ; or, si les conventions des parties tiennent lieu de loi, cette loi n'est pas en opposition avec la souveraineté, puisque la volonté souveraine s'en rapporte à la volonté des particuliers ; partant le statut du régime matrimonial n'est pas un statut au sens traditionnel du mot ; il ne faut pas dire qu'il dépend du statut personnel, mais qu'il dépend de la volonté des parties » (2). Ce sont là des remarques que nous avons déjà faites en leur temps ; mais ces expressions, bien que relativement exactes, sont cependant nécessaires ici, pour marquer l'opposition qu'il y a entre la qualité de la communauté à défaut de contrat et le statut purement réel.

En résumé, Dumoulin s'appuyait sur un double argument, personnalité de la communauté de par son objet et convention tacite des époux adoptant ce régime ; tandis que son adversaire, énumérant ses motifs dans l'ordre inverse, niait d'abord l'existence de ce pacte, et ensuite se trouvait en présence d'une communauté coutumière qu'il disait réelle, lui croyant pour

(1) Voir page 54.

(2) Laurent, voir *supra*, p. 391.

but de régler les biens ; Dumoulin assimilait les régimes contractuels et légaux ; il les avait véritablement fusionnés. Mais, ces points éclaircis, il faut encore savoir quelle sera la coutume que les époux seront censés avoir voulu suivre ? Même embarras que dans le cas où il y avait un contrat incomplet ne mentionnant pas le régime visé par les conjoints, à cette différence près que la loi du lieu de la passation du contrat n'était pas en jeu ; mais il reste cependant encore en présence la loi du domicile de chaque époux avant le mariage, ou de leur domicile matrimonial, ou de la célébration du mariage. Ici encore c'est la loi du domicile matrimonial qui a rallié les suffrages (1). On trouve bien des auteurs disant qu'il faut suivre la loi du domicile du mari lors des épousailles (2) ; mais à notre avis, ce n'est pas pour poser une règle nouvelle et différente ; c'est uniquement parce qu'ils n'ont pensé qu'au cas le plus fréquent, à savoir que les époux s'en vont demeurer là où le mari vivait auparavant ; les cas particuliers, tels que : choix d'un troisième domicile, ou domicile matrimonial au pays de la femme n'ayant pas été prévus simplement. Enfin, on ne suivrait la loi du lieu de la célébration que si les époux n'avaient pas de domicile connu, ce qui peut arriver

(1) Frolland, *op. cit.*, chap. III. Roussilhe, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 70. Sérieux, *op. cit.*, p. 192. Duplessis, t. II, p. 93. Bourjon, *op. cit.*, p. 507.

(2) Lamoignon, *op. cit.*, titre XXXII, n° 2.

parce qu'ils sont « ambulants » comme des employés de fermes (1). Ce sont donc finalement les mêmes principes que dans le cas où il y a contrat, avec cette différence que, à défaut de domicile connu, c'est la loi du lieu de la célébration du mariage que l'on observe à la place de celle du lieu de la passation du contrat.

Il n'est plus difficile maintenant de déterminer quels seront les droits de la femme mariée à Paris sans contrat. En ayant soin d'envisager d'abord le cas où le domicile matrimonial est à Paris et pour toute la durée du mariage, on peut répondre, si toutefois on admet avec nous la théorie de la convention tacite, que cette femme aura les droits de femme commune sur les conquêts sis en tous lieux. Qu'elle ait les droits résultant de l'adoption du régime de communauté, il n'y a pas lieu d'en douter, puisque c'est le régime en vigueur au domicile des époux : la communauté « s'acquiert comme un effet civil du sacrement du mariage et de la loi où la disposition de l'homme n'est pas nécessaire, et elle commence dès la bénédiction nuptiale (2) ». Mais qu'elle s'étende en tous lieux, c'est un point qui a été plus débattu. Il n'y a pas à tenir compte de l'opinion déjà signalée et repoussée refusant toute extension à la communauté sous ce prétexte que si on peut suppléer au silence des époux là où la communauté est admise, c'est chose impossible dans les autres pays,

(1) Sérieux, voir *supra*.

(2) Frolland, *op. cit.*, chap. III.

toutes coutumes étant réelles. De bons auteurs l'ont pourtant soutenu et ajoutent que lorsqu'il n'y a pas de contrat on devrait décider que c'est parce qu'on a voulu s'en rapporter à la coutume des lieux⁽¹⁾. Cependant même en se ralliant à l'opinion de la personnalité, il y a une difficulté incontestable, déjà vue au cas du contrat exprès, et qui naît de ce que l'article 330, aux yeux de beaucoup, était prohibitif. C'était la façon de voir en Normandie⁽²⁾. A Paris, on ne le disait qu'exclusif, par suite dépourvu de tout caractère d'ordre public, conclusions analogues à celles déjà rencontrées. Le même procès, jugé à Paris, aurait donc été tranché dans le sens de l'extension de la communauté même en Normandie ; jugé à Rouen, on aurait fait régir les immeubles normands par la loi normande ; comment aurait-il pu en être décidé autrement, puisque même en présence d'un contrat, le parlement voisin jugeait en ce sens ? Quant aux meubles, il leur appliquait la loi du domicile, une fois de plus. C'est une critique que nous avons déjà faite d'ailleurs que celle de cette théorie qui conduit à faire du partage des biens de la communauté une dépendance du statut réel, rattachant ces meubles

(1) Frolland dit textuellement, *op. cit.*, p. 318. « Pour moi, on devrait dire que lorsqu'il n'y a pas de contrats, on devrait décider, que c'est parce qu'on a présumé s'en rapporter à la coutume des lieux ; l'intention a été de faire dépendre le sort de la femme de la situation des biens, et elle sera commune à Paris, héritière en Normandie, ce qui a été concilié, on l'a vu dans l'arrêt de Fervaques ».

(2) Frolland, *op. cit.*, p. 326.

à la loi du domicile et les immeubles à celle de leur situation, au lieu de les soumettre en totalité à la loi du domicile matrimonial. Nous ne répéterons pas les arguments que nous avons employés et les motifs qui nous décident à adopter la personnalité de ce partage et à soutenir le rapport intime qui le lie au régime matrimonial lui-même. Notre opinion ne s'est pas modifiée d'un chapitre à l'autre et nous continuons à prendre fait et cause pour la jurisprudence parisienne.

Si les époux changeaient de domicile au cours du mariage, faut-il appliquer ici encore les règles vues au cas où il y avait contrat et refuser tout effet à ce transfert? Etant donné que d'un côté on admettait une convention tacite, méconnue de l'autre, que d'un côté on soutenait l'immutabilité de cette convention personnelle, tandis que de l'autre on prétendait le partage réel et les meubles soumis à la loi du domicile lors du décès, il ne faut pas espérer trouver dans les ouvrages, pas plus d'ailleurs qu'en matière de contrat exprès, de réponse unique et unanime. Evidemment, ici comme là, il n'y a pas de question pour les immeubles ; régis par la loi de leur situation ou par une convention, leur sort ne variera pas ; mais pour les meubles, la controverse restait aussi vivace ; de sorte qu'en fin de compte, qu'il y ait ou non contrat, puisque d'un côté on suppose une convention tacite à défaut d'accord exprès, que de l'autre, même dans le cas où il y a un contrat, on lui refuse effet sous prétexte que le partage de communauté

est réel, la question se pose dans les mêmes termes que précédemment, et la même dualité que nous avons alors signalée dans les textes et les arrêts (1) va se retrouver ici. Suivre immuablement la loi du domicile matrimonial, c'aurait été admettre l'idée de convention tacite et contredire aux solutions acquises à Rouen en cas de contrat exprès ; aussi, ne pouvait-on logiquement demander à son parlement de se déjuger ; on y donnait donc toujours effet au changement de domicile (2), et même on a été jusqu'à y soutenir qu'il fallait suivre la loi du dernier domicile tant pour les meubles que pour les conquêts, parce que l'absence de contrat faisait supposer chez les époux l'intention de s'en rapporter à la loi sous laquelle ils seraient domiciliés au jour de la dissolution (3), doctrine qui admet en un sens la personnalité de cette loi mais qui oublie complètement que les droits de la femme au partage lui sont acquis dès la bénédiction nuptiale et par suite fixés dès lors définitivement. A Paris, la plupart, pour des motifs déjà signalés et parce que le droit au partage établi par la convention tacite était acquis à l'épouse, refusaient tout effet au changement (4) ; et, à notre avis, c'est la seule

(1) Voir pages 100 et suivantes.

(2) Opinion dominante en Normandie citée par Frolland, *op. cit.*, p. 323. Pesnelle, *op. cit.*, t. I, p. 357 et suivantes.

(3) Frolland, *op. cit.*, p. 323.

(4) Boullenois, *op. cit.*, 19^e Question, p. 367. Roussilhe, *op. cit.*, p. 79. Bacquet, *op. cit.*, t. I, p. 209. Duplessis, t. II, p. 97.

façon de voir exacte, ou du moins en rapport avec le système de Dumoulin.

Nous avons vu aussi que dans les cas où les époux se marient à Paris, avec l'esprit de retour en Normandie, la validité de cette communauté était mise en doute, mais qu'à notre avis on ne devait pas considérer comme valable le contrat passé dans ces conditions. Faut-il suivre ici la même solution ? on est tenté, en lisant Lebrun (1), de refuser à la femme ses droits de communauté aux meubles et conquêts, et il nous semble aussi qu'ici, *a fortiori*, il faut rester dans la même voie qu'au cas où il y a contrat ; ce qui nous décide, c'est l'existence de cette convention tacite ; puisqu'en tous les points rencontrés jusqu'ici nous l'avons assimilée au pacte exprès, quelles raisons pourrait-on invoquer pour ne pas continuer cette comparaison ? La capacité pour passer l'une ou l'autre est identique et soumise aux mêmes lois et prohibitions. On objectera peut-être que le fait de se marier à Paris vaut clause tacite de soumission à sa coutume ; qu'importe, puisque même expresse, nous lui refusons tout effet, la capacité pour la stipuler faisant défaut. Il y a donc, qu'il y ait ou non contrat de mariage, le parallélisme le plus absolu.

(1) *Op. cit.*, chap. II, p. 18,

SECTION II

Epoux mariés en Normandie.

L'utilité de ce chapitre peut paraître bien contestable à première vue et ne semble-t-il pas naturel d'appliquer ici les règles que nous venons d'établir? Cette théorie de la convention tacite serait-elle spéciale au régime de communauté, et ne viserait-elle sa capacité à prendre une part de meubles et conquêts, qu'à par l'effet de son titre de femme commune en biens? La vérité est que la situation est fort délicate et beaucoup plus difficile à éclaircir qu'il ne paraît de prime abord.

On se trouve pris en effet entre deux systèmes absolument inconciliables, du moins tels qu'on les présente d'habitude, parce qu'ils sont l'antithèse l'un de l'autre. D'un côté existe ce système du pacte tacite dont le caractère personnel a été établi; de l'autre, on se heurte à une opinion accréditée et toujours suivie que la part de biens à laquelle a droit la femme normande est soumise au statut réel; pourquoi? parce qu'en Normandie la femme vient comme héritière, parce qu'elle prend sa part en vertu d'un droit de succession; or, jadis, qui disait succession et partage successoral, disait statut réel. Tel est le dilemme, et de tous temps, même de nos jours encore, on a continué à montrer toute la différence qui

séparait la femme prenant des conquêts en tant que commune ou en tant qu'héritière. « On comprend donc aisément que si le droit de la femme aux meubles et conquêts constitue un droit de succession, les dispositions de la coutume à cet égard sont de statut réel ; elles s'appliquent à toutes les femmes pour les biens situés en Normandie et ne s'appliquent pas aux femmes même normandes pour les biens situés hors de la province ; il en est inversement s'il s'agit de droits de communauté, car alors les dispositions de la coutume étant de statut personnel, suivent la femme... » (1). C'est une chose en effet que l'on ne peut nier : les successions autrefois dépendaient du statut réel, et si la femme normande vient en vertu d'un droit successoral, la part de biens qu'elle prendra sera soumise à la réalité de la coutume normande.

D'ailleurs, on rencontre aussi chez les auteurs un autre argument pour prouver la réalité du statut normand. La part que la femme prendra, dit-on (2), elle l'aura non en vertu d'une capacité générale et de statut personnel, mais par un effet d'une capacité toute spéciale donnée eu égard de la situation des biens, puisque la communauté est inconnue en Normandie ; le statut

(1) Colin, *Nouvelle revue historique*, 1892, p. 454. En le même sens voir Basnage, t. II, p. 79.

(2) Houard, *op. cit.*, t. I, p. 305. Opinion citée par Duplessis, t. II, p. 357.

normand vise donc les biens avant la personne, dans la mesure où il accorde des droits à la femme. En admettant cette doctrine, on arrive à cette conclusion que la femme mariée en Normandie sans contrat, et qui, par suite, tire tous ses droits de la coutume, aura sa part régie par le statut réel successoral, et que par suite son droit dépendra de la situation des conquêts. Or, la conséquence pratique à laquelle on arrive si l'on applique cette solution nous conduit, avec un certain nombre d'auteurs d'ailleurs, à nous demander si la réalité du statut est vraiment bien exacte ; examinons en effet les résultats de cette théorie : Si la femme normande mariée sans contrat a ses droits réglés sur les conquêts sis à Paris par cette dernière coutume, il arrivera de deux choses l'une : ou bien on lui donnera la moitié des conquêts, puisqu'à Paris la femme mariée a ce droit, solution que l'on refuse toujours, pour des raisons juridiques et pratiques ; pour avoir à Paris une part de conquêts il faut que la femme ait le titre de commune en biens, qu'elle a même à défaut de contrat, pourvu qu'elle soit mariée et domiciliée à Paris ; mais ce titre lui manque lorsqu'elle est soumise à la coutume normande, qui l'exclut, et elle ne pourra prendre la moitié des conquêts de Paris ; son domicile en Normandie lui donne une autre qualité et une autre capacité qu'il faut observer (1). Enfin notons aussi cette considération pratique,

(1) Voir Duplessis, *op. cit.* t. II, consultation 41.

qu'une femme mariée sans contrat aurait, si on lui donnait moitié des conquêts parisiens, plus que la femme mariée avec contrat qui n'a qu'un tiers, ainsi que le prouvent les solutions par nous données (1). Ou bien, autre face de ce problème, on ne lui donne aucun droit sous le prétexte qu'elle ne peut venir qu'à titre d'héritière, que ce titre étant purement réel elle ne peut l'avoir à Paris ; solution aussi blâmable que la précédente, car c'est ouvrir une porte aux fraudes du mari qui se hâtera d'acquérir à Paris tous les conquêts, de préférence à tous autres pays, dans le but de les garder entièrement pour lui. C'est pourtant cette solution qu'a admise l'opinion générale qui voit dans la femme normande une héritière ; et, ajoute-t-on, de même que la femme normande n'aura rien sur les biens de Paris, de même celle domiciliée en pays où la communauté n'est pas admise — en pays de droit écrit par exemple, à défaut de contrat — si elle vient se domicilier en Normandie, aura la moitié des meubles suivant la coutume normande, bien que la coutume de son mariage ne lui donne aucun droit (2). On conclut de là qu'elle a bien un droit de succession, de statut réel. Il est évident que cette façon de voir est la consécration par la jurisprudence normande de la réalité du partage des biens des époux qui conduit à suivre pour les meubles la loi du dernier

(1) Voir page 83.

(2) Colin, *op. cit.*, p. 454. Houard, t. I, p. 307-384. Arrêt en ce sens à Rouen, de Martorey.

domicile. Mais rien ne prouve que le parlement de Rouen ait eu raison de juger ainsi ; la jurisprudence, en somme, n'est qu'un fait, et nous avons vu si souvent les arrêts rendus en Normandie empreints d'un tel parti-pris contraire à l'opinion plus équitable de Paris, que ce n'est pas là à notre avis une base bien solide pour argumenter que la femme a toujours et seulement en Normandie un droit de succession aux conquêts.

Nous avons blâmé au point de vue pratique la solution à laquelle conduit le statut de la réalité ; nous ne sommes d'ailleurs pas les premiers, et dès le ^{xviii}^e siècle on critiquait déjà cette théorie, et, qui plus est, on la réfutait. On s'est efforcé de démontrer la personnalité du régime normand et son extension à Paris par plusieurs arguments de valeur inégale, afin de permettre à la femme mariée sans contrat d'avoir une part aux conquêts parisiens (1). Les grosses objections faites par l'école que nous combattons étaient, l'on s'en souvient, la différence de quotité des droits de la femme normande ou parisienne sur l'actif, la différence de titres, — commune ou héritière — la différence d'obligation au passif — question de la solidarité aux dettes et du bénéfice d'émolument — ; ce sont ces objections que l'on s'est efforcé de démolir. Outre l'argument assez faible tiré de la réciprocité, par lequel la femme normande

(1) Pour les motifs qui nous ont décidé à admettre la personnalité des droits de la femme normande lorsqu'il y avait un contrat, voir pages 81 et suivantes.

devait avoir sur les biens de Paris des droits, puisque la Parisienne, même sans contrat, en avait bien en Normandie, on a soutenu que cette femme était en quelque sorte aussi commune en biens, puisque les conquêts étaient connus en Normandie, qu'ils étaient le résultat du travail commun des époux et que la collaboration était le principe des droits de l'épouse ; enfin que si la femme était tenue de la totalité des dettes, c'est par crainte qu'elle ne soustraie les meubles qu'elle prenait, dans le début d'échapper aux dettes, et la preuve en était, disait-on, dans ce fait que les autres héritiers du mari qui ne prenait que les conquêts, n'étaient tenus que jusqu'à concurrence de la part recueillie (1). En résumé, la femme devait avoir sur les conquêts de Paris une part égale à celle qu'elle a en Normandie ; plus récemment (2) on a essayé de démontrer que la femme normande avait des droits de communauté. « Le problème doit se résoudre par une distinction reposant sur le critérium suivant : sur les meubles la femme n'a rien que si elle survit ; elle vient donc comme héritière ;... pour les conquêts ordinaires il en est de même ; mais pour ceux en bourgage, ses héritiers en ont même si elle prédécède, de sorte qu'ici elle vient comme commune. » Les droits de la femme seraient mi-réels, mi-personnels, en ce qui concerne les meubles et les con-

(1) Duplessis, *op. cit.*, consultation 41.

(2) Colin, *op. cit.*, p. 434.

quêts ordinaires, personnels en ce qui concerne ceux en bourgage, tous même si l'on ne fait pas à Paris la distinction entre les conquêts faite en Normandie.

Pour nous, il nous semble bien aussi qu'il faille accorder à la femme une part sur les immeubles de Paris, telle qu'elle est réglée par la coutume de Normandie; nous arrivons donc à la solution proposée par Duplessis; mais nous nous séparons de lui quant au moyen de la justifier. A notre avis, il est absolument inutile d'établir que la femme normande soit commune en biens, même partiellement; laissons-lui ce titre d'héritière qu'on lui a presque toujours reconnu; mais où l'erreur générale commence, c'est dans l'étendue qu'on donne à ce titre, et il nous semble qu'il est bon de distinguer deux qualités dans ses droits : sa qualité de femme mariée et la capacité qui lui donne droit de prendre une part déterminée dans les meubles et conquêts; sa qualité d'héritière proprement dite de l'autre et qui régit, si l'on veut, la solidarité d'après laquelle elle est tenue aux dettes, — solidarité que certaines coutumes n'admettaient pas entre héritiers, ce qui était le cas à Paris, où ils n'étaient tenus des dettes que proportionnellement à la part recueillie ce qui n'empêchait pas, en principe, de les supporter indéfiniment, mais nous le répétons, non solidairement. — Il est bien difficile de ne voir dans la femme qu'une héritière simplement; il y a plus; il y a une associée du mari, à parts inégales, évidemment, mais enfin, ayant des intérêts communs; ses droits d'as-

sociée, et le jour à partir duquel leur réalisation commencera — différent dans les deux provinces à cause de l'effet tantôt accordé, tantôt dénié à la séparation de biens — seront personnels ; ses obligations d'héritière, en certaine mesure, seront réelles ; d'ailleurs, en droit et en fait, même à Paris, on pouvait, grâce à des clauses dans le contrat, arriver à ne laisser à la femme qu'une part des meubles et conquêts égale à celle de Normandie, tout en lui laissant la charge totale des dettes, sans solidarité il est vrai, puisque cette solidarité est une dépendance de la qualité d'héritier. Au lieu d'une associée à parts égales en principe, on pouvait faire de la femme une associée à parts inégales, non pas dans le sens moderne du mot ce qui impliquerait une proportionnalité d'actif et de passif inconnue en Normandie, mais dans le sens où on l'applique à deux associés quelconques. Bien que Pothier affirme qu'une telle clause ainsi conçue, permise entre deux étrangers, ne l'était pas entre deux conjoints — ce que notre code a reproduit dans l'article 1521 — cette stipulation devait cependant être possible au 17^e siècle, car Lebrun dit textuellement (1) : « on peut stipuler que la femme n'aura qu'un tiers ou un quart de la communauté, quoiqu'elle ait même fait un apport plus considérable que celui de son mari ; de plus, on peut stipuler qu'un des deux conjoints aura les deux tiers de l'émolument et un tiers seulement dans la

(1) *Œuvres*, t. III, chap. II, p. 541.

perte; enfin les lois permettent de stipuler qu'un des associés aura part dans le gain et non dans la perte ». On pouvait donc par clause ne donner à la femme qu'une part d'actif en lui laissant tout le passif, si elle ne se prévalait pas de son bénéfice d'émolument. On objectera que ces clauses sont d'une validité douteuse et, d'autre part, que la femme ne peut d'avance renoncer à son bénéfice. En fait, nous obtenons une situation absolument analogue si l'on suppose que la femme stipule à Paris un forfait de communauté, et fait à son mari, par contrat de mariage, don de la moitié des meubles et de la moitié ou deux tiers des conquêts, ce qui lui est permis par contrat puisqu'elle pouvait même donner le tout; où sera dans ce cas la différence entre la femme normande et parisienne? Or, puisque l'on parvient à établir des droits analogues au moment de la dissolution, pourquoi refuser à la femme normande cette qualité d'associée à parts inégales, en même temps que celle d'héritière? cette qualité admise, qui empêche de l'étendre en tous lieux, même à défaut de contrat, grâce à la théorie du pacte tacite? y a-t-il rien qui s'y oppose? de la sorte, mariée avec ou sans contrat, la femme normande aura sur les conquêts de Paris la même part que sur ceux de Normandie; comme nous l'avons conclu, et en reprenant les mêmes expressions (1), elle sera « femme contractuelle » plutôt qu'héritière, mais tacitement au lieu d'expressément.

(1) Voir page 82.

Il faut d'ailleurs bien remarquer que toute la difficulté de cette question vient de la conception qu'on se faisait au ^{xvii}^e siècle des règles successorales. On parlait de ce principe, encore admis aujourd'hui par quelques auteurs, qu'elles sont, en ce qui regarde les immeubles, de statut réel, ce qui se comprenait assez en ce siècle, étant donné la notion féodale de la souveraineté des coutumes ; là gisait la cause des innombrables différends relatifs à la femme normande héritière, ensermée entre le statut réel des successions et celui, personnel, des régimes matrimoniaux. Tout cela aurait été évité si l'on avait connu la théorie généralement en faveur aujourd'hui où l'on soumet la transmission du patrimoine, meubles et immeubles, à la loi personnelle du défunt. L'étude des successions étant hors de notre cadre, nous n'avons pas à étudier les motifs invoqués en faveur de chacune de ces théories. Mais il était utile de noter que si pareil conflit s'était produit aujourd'hui entre deux coutumes, on suivrait soit la loi du domicile matrimonial, si l'on ne considère dans la femme que sa qualité de femme mariée, soit la loi personnelle, — c'est-à-dire de nos jours la loi nationale — du défunt, et non pas celle du dernier domicile, si on la voit de tous points héritière ; ce qui de toutes façons conduirait à une solution analogue à celle qui nous a paru la meilleure, mais qui, généralement, n'avait pas été adoptée.

On a dit, opinion que nous avons déjà signalée (1),

(1) Duplessis, consultation 41, voir ci-dessus page 134.

que la femme prendrait sur les conquêts parisiens une part égale à celle de commune en biens ; car si la capacité à prendre part aux biens est personnelle, la quotité de cette part est réelle. Outre les motifs qui nous ont fait repousser cette opinion au point de vue pratique, il est facile de démontrer que ce nouvel argument n'est pas plus solide que ceux que nous avons déjà annihilés, au point de vue juridique. Il n'y a d'ailleurs pas lieu de le discuter longuement ; ce que nous avons déjà dit à ce propos, relativement au régime parisien, est également vrai, quand il s'agit du régime normand. Que la société soit à parts égales ou inégales, qu'elle soit contractée expressément ou tacitement, les règles ne varient pas. L'obligation, réglée lors du mariage, entre époux, de laisser prendre à l'autre une part dès lors fixée, est incompatible avec cette scission des droits de la femme, de même qu'elle ne peut subir les effets d'un changement de domicile ; ne donner à la femme parisienne qu'une part normande de conquêts, c'est violer l'obligation contractée par le mari ; donner à la femme normande, une part parisienne de biens, c'est violer l'obligation par elle contractée vis-à-vis de son mari, de lui en laisser prendre les deux-tiers ; le contrat de société n'a pas d'autres buts que de régler d'avance le partage des bénéfices, la quotité d'actif et de passif qui sera le lot de chacun. Il est aussi impossible ici que précédemment de ne pas faire régir par la même loi la capacité de l'associé à prendre part au par-

tage et le montant effectif auquel sa capacité même lui donne droit.

La seule théorie qu'il est donc bon d'adopter est celle qui se rallie à l'idée de convention tacite à défaut de contrat ; par là, on arrive à unifier à peu près les règles à mettre en vigueur, qu'il y ait ou non un pacte matrimonial. A défaut d'autres avantages, cette doctrine n'aurait-elle pour résultat appréciable que cette réunion en un seul de deux cas divers, que cela n'en serait pas moins une raison considérable pour la suivre, l'unité de législation et la simplification des principes juridiques devant être toujours un des principaux objectifs à se proposer.

- CHAPITRE III

DES DISPOSITIONS PROTECTRICES DES BIENS PROPRES DE LA FEMME MARIÉE

Nul n'ignore que les biens entrant dans la masse formant le patrimoine des époux durant le mariage, se composent de deux séries. Les uns qui, soit à raison de la qualité des deniers ayant servi à les acquérir, soit à raison de la façon dont ils sont entrés dans le ménage,

sont destinés à être partagés, à la dissolution, entre les époux ; les autres qui, leur appartenant dès avant le mariage, ou parce qu'ils les ont acquis ou reçus à titre de biens propres, restent leur propriété particulière. Les premiers seront partagés suivant des proportions et des règles que nous avons indiquées jusqu'ici, dans l'état où ils se trouveront, sans tenir compte en principe des résultats que l'administration bonne ou mauvaise du mari chargé de les gérer aura eus sur eux. Les seconds, dont nous allons nous occuper à présent, et dont les époux durant le mariage ont seulement le droit de percevoir les fruits et de profiter, doivent à la dissolution être retrouvés intacts et revenir entièrement à leur propriétaire. C'est à ce moment que le mari, administrateur des biens de sa femme, devra lui rendre compte de ses actes. S'il les a mal entretenus, s'il les a vendus contrairement aux règles de la coutume et non valablement, s'il est insolvable et ne peut restituer le prix de la vente, autant de faits dont il devra s'expliquer. Mais qu'aurait été pour lui cette obligation, si la femme n'avait eu aucune garantie de la restitution de ses biens ? lettre morte et rien de plus. Aussi, sont-ce justement les conflits nés de la législation différente des deux provinces relativement aux droits du mari sur les biens de sa femme, à la possibilité d'en disposer, aux protections données à la femme pour retrouver intact au dernier jour du mariage le patrimoine qu'elle y avait apporté, qu'il s'agit maintenant d'examiner.

SECTION I

Garanties accordées à la femme.

A. — De l'inaliénabilité dotale proprement dite.

La coutume normande, très protectrice des droits de la femme, ne connaissait que le régime dotal, dans lequel la plupart des biens de la femme étaient qualifiés de dotaux. Ce qui faisait son originalité, ce n'était pas la présence de biens propres à la femme, dont les revenus appartenaient au mari durant le mariage, et qui à sa dissolution retournaient entièrement à leur propriétaire : Ces biens qualifiés de « dotaux » en Normandie, étaient appelés : « propres » à Paris. Ici comme là l'emploi de leurs revenus était le même ; ici comme là, la propriété en appartenait à la femme ; à Paris aussi on aurait pu les appeler dotaux dans cette mesure. Mais par cette épithète de dotaux, on entendait autre chose, et c'était là la vraie particularité du régime normand ; quand on parlait de dot on envisageait en même temps tout un système de protections particulières garantissant ces biens de la femme normande, système inconnu en partie à Paris ; et c'est pourquoi les biens de la femme parisienne n'auraient qu'imparfaitement mérité le nom de dotaux.

Avant d'envisager ces garanties caractéristiques du

régime normand, il est indispensable de savoir quels biens exactement en profitaient ; les biens qualifiés dotaux étaient (1) : 1° les deniers et héritages que les ascendants et les frères donnent en mariage à leurs filles, petites-filles et sœurs ; 2° les biens meubles et immeubles qui échoient par succession en ligne directe aux femmes pendant le mariage ; 3° les biens de la même nature qu'elles possèdent en se mariant, provenant soit d'économies, soit de dons faits par un étranger (2). Tous les autres biens, y compris ceux échus par succession collatérale, sont dits paraphernaux. Mais il ne faut pas entendre ici par ce qualificatif ce qu'on entendait dans le midi de la France (3). La jouissance et l'administration de cette catégorie de biens restaient à la femme aux pays de droit écrit ; en Normandie, au contraire, le mari avait sur eux les mêmes droits que sur les biens dotaux. La différence caractéristique qui séparait ces deux séries de biens n'avait trait qu'à l'hypothèque légale les garantissant ; à tous autres points de vue, ils étaient assimilables ; ce qui était paraphernal au sens romain du mot, c'était uniquement quelques biens meubles, bijoux ou vêtements, que la femme se réservait. De sorte que ce que nous dirons des biens dotaux s'appliquera, sauf les exceptions de détail que nous si-

(1) Merlin, *Répertoire*, t. V. au mot dot, p. 204.

(2) Voir aussi Basnage, t. II, p. 472.

(3) Boullenois, *op. cit.*, *Question 15*, p. 282. Thèse de M. Ranchon, *op. cit.*, p. 61.

gnalerons, aux paraphernaux tels que nous les avons définis dans leur sens normand, en ayant soin de les séparer du véritable paraphernal.

Ces biens dotaux ainsi définis, avant de pénétrer dans le détail des conflits nés avec les autres coutumes du fait des protections qu'on leur attribuait, il est une question générale qui se pose de suite : de quel statut le régime dotal dépend-il ? Comme le régime de communauté est-il de statut personnel et par suite les biens que l'on qualifie de dotaux en Normandie auront-ils aussi ce caractère s'ils sont situés en d'autres pays ne connaissant pas ce régime ? Les biens d'une femme se mariant en Normandie s'ils sont situés à Paris, seront-ils dits propres ou dotaux ? seront-ils garantis suivant le régime normand ? Au contraire, la dotalité pratiquée à Rouen sera-t-elle purement réelle et ses garanties ne protégeront-elles pas les biens de la femme en quelques lieux qu'ils soient ? Il est bon de distinguer deux propositions dans la réponse. L'une concernant le mode d'adoption de ce régime, l'autre son étendue.

Le premier point n'offre pas de difficulté ; s'il y a un contrat de mariage passé en Normandie et stipulant le régime dotal, l'application de ce régime ne se discute même pas ; on a toujours admis de même, par extension des règles vues en matière de communauté, qu'un homme domicilié en pays de dotalité, marié sans contrat en ce pays ou ailleurs, sera soumis à ce régime parce qu'il est en vigueur à son domicile, en supposant

bien entendu que cette demeure remplisse les conditions nécessaires au domicile matrimonial. Ce n'est que l'application des principes généraux.

Mais ce point reconnu, il est beaucoup plus délicat de savoir quelle sera l'étendue donnée à ce régime stipulé expressément ou tacitement ; s'étendra-t-il avec toutes ses conséquences aux biens sis à Paris et ceux-ci revêtent-ils le caractère dotal ? Tous les auteurs qui ont étudié cette question l'exposent dans ces termes : l'inaliénabilité dotale frappe-t-elle les immeubles sis en tous lieux ? En ce qui touche la Normandie, il n'existait pas comme dans le midi une inaliénabilité proprement dite ; nous verrons que, certaines conditions étant réunies, l'immeuble dotal était aliénable, de solides garanties subsistant au profit de la femme pour lui assurer son paiement le cas échéant ; il faudrait donc, pour suivre rigoureusement la coutume de Normandie, ne pas considérer cette question de l'inaliénabilité absolue et passer de suite aux règles pratiquées en cette province. Mais il nous a paru que d'abord il était difficile de séparer les théories doctrinales, de cette inaliénabilité, qu'elles ont toujours prise pour caractère-type du régime, et en second lieu que l'étude de cette institution, base historique de la dotalité et fondement dont est sorti le système normand, faciliterait singulièrement les observations à faire sur les autres traits de la coutume, la plus grande partie de la besogne se trouvant par là-même accomplie.

Sur ce problème, comme d'ailleurs sur tous ceux que nous avons vus touchant aux régimes matrimoniaux, deux doctrines étaient en présence, l'une soutenant la personnalité, l'autre, la réalité du statut. Cependant l'opinion réaliste n'était pas, comme nous l'avons remarqué jusqu'ici, exclusivement, ou à peu près, cantonnée en Normandie; il y avait des partisans de cette façon de voir un peu partout, et la question même aujourd'hui encore donne lieu à discussion. Si l'on opte pour le statut réel, on arrive à la double conséquence suivante: une femme mariée et domiciliée en pays de régime dotal ne pourra vendre les biens qui y seront situés, mais en sera capable pour ceux sis en pays l'ignorant; « les immeubles sis dans une province où il n'y avait pas d'inaliénabilité étaient aliénables et cela, quoique la loi de leur situation, si ce n'était pas la même que celle du domicile du mari à l'époque où les époux avaient été mis, se trouvât en opposition avec cette dernière loi, touchant le principe en question (1) ». Inversement, celle domiciliée en pays de communauté, par exemple, ne pourra vendre ceux sis en pays dotal; le statut réel frappera tous les immeubles et ceux-là seuls, sis en ce pays; et ce n'est pas seulement la question d'inaliénabilité qui sera tranchée par ce statut, mais encore celle de savoir quels biens seront dits dotaux; ce statut régira donc un double point: déter-

(1) Tessier, *Traité de la dot*, t. I, p. 457.

mination des biens dotaux et condition de ceux-ci une fois fixés (1). Les motifs donnés pour soutenir cette théorie se rattachent à deux idées principales : d'un côté, ce dont il s'agit en ces espèces, c'est d'une question de transmission de biens ; on ne tient pas compte de la personne ; dans tout contrat d'aliénation, ce qui est visé *primario et per se*, c'est le bien objet de la vente (2) ; de l'autre, on ne peut nier que la loi *Julia de fundo dotali*, qui a servi de base au système dotal, n'ait eu pour but exclusif la conservation de la dot ; pour y parvenir elle a créé chez la femme une incapacité non pas absolue, puisqu'elle à la capacité d'aliéner ses autres biens — si nous nous plaçons dans le régime dotal de droit commun, — mais spéciale et qui affecte par conséquent la chose plus que la personne (3). De sorte que, de quelque côté que l'on se tourne, on doit conclure au statut réel. La base du système reposait donc sur cette conception que le régime dotal n'est pas autre chose qu'une indisponibilité réelle frappant les biens, une qualité du bien pour ainsi dire, et que par suite cette indisponibilité n'existe que eu égard à la situation du bien.

Les conséquences de la doctrine de la personnalité tendaient, au contraire, à l'extension en tous lieux de

(1) Fœlix, *Traité de droit international*, annoté par Demangeat, t. I, p. 213.

(2) Frolland, *op. cit.*, p. 1015 et suivantes.

(3) Voir Duplessis, *op. cit.*, t. II, consultation 26, p. 159.

l'inaliénabilité ; à ses yeux, en effet, le régime dotal n'établissait pas une indisponibilité de biens, mais créait une incapacité de la femme (1) ; c'était la femme qui était frappée dans sa capacité plutôt que le bien dans ses caractères propres ; or, si l'on ne voit là qu'une question de capacité, la seule loi en jeu est celle du domicile de la femme. Cette doctrine (2) avait aussi pour avantage d'établir une analogie entre le régime dotal et celui de communauté en les rendant tous deux personnels. Les réalistes reconnaissaient bien qu'en général les effets du mariage sont réglés par la loi du domicile matrimonial ; mais ils ajoutaient que cette maxime, applicable aux droits matrimoniaux personnels, était sans force à l'égard de ceux dont la réalité était certaine lorsque la loi de la situation était différente de celle du domicile (3).

A notre avis, ce n'est pas là réfuter l'adversaire, c'est répondre à la question par la question ; jeter en avant le principe de la réalité, n'est pas répondre à un argument. Actuellement encore, on a repris cette idée avec une grande force (4), mais de jour en jour elle perd de son influence. Cependant, on peut s'étonner que même

(1) Boullenois, *op. cit.*, 45^e question, p. 291.

(2) Frolland, *op. cit.*, ch. xxi.

(3) Tessier, *op. cit.*, p. 458.

(4) Voir l'opinion réfutée par M. Demangeat, *Revue pratique de droit*, 1856, p. 60. Voir aussi les notes du même auteur sur Félix, t. I, p. 210 et suivantes.

en concluant à une question de capacité, nous la disions de statut personnel, puisque cette incapacité d'aliéner le bien dotal apparaît comme spéciale et en considération seulement de certains biens. Mais ceux qui la disent spéciale et réelle sont justement les partisans du principe d'indisponibilité, qui essaient de tourner ainsi l'argument qu'on leur oppose basé sur le statut de la capacité, et rien ne prouve, au contraire, qu'il ne s'agisse pas là d'une incapacité reposant uniquement sur l'intérêt de la personne, sur des considérations tirées de sa faiblesse et de son besoin de protection. Même en voyant dans cette restriction une incapacité spéciale, on ne peut démontrer avec succès qu'elle ait été établie eu égard aux biens ; c'est une idée fausse que nous avons signalée au début de ces pages, que cette théorie du ^{xvii}^e siècle d'après laquelle toute incapacité particulière est forcément réelle ; il y a des principes qu'il ne faut pas trop généraliser, et c'est en cet excès que sont tombés les auteurs, ce qui les a conduits à une conception erronée du régime dotal ; c'est à cause de sa condition d'épouse que cette restriction existe à sa liberté, et par là elle est personnelle ; c'est une garantie qu'on lui accorde contre la possibilité de se laisser entraîner par son mari, il n'y a pas autre chose à y chercher. D'ailleurs, ne peut-on pas concevoir une autre théorie qui, s'écartant de cette notion d'incapacité particulière, n'en arrive que plus aisément à démontrer le peu de crédit qu'il faut attacher à cette soi-disant indisponibilité. Au lieu de voir chez

la femme deux qualités, l'une : capable d'une façon générale de vendre ; l'autre : incapable d'une façon spéciale de ne pas aliéner certains biens, n'est-il pas possible d'envisager, sous un seul et même aspect d'ensemble, son état à titre de : capacité de la femme mariée ? à moins de dire cette capacité de la femme mariée, spéciale elle-même, parce qu'elle déroge à la capacité générale de la femme non mariée (1), on ne peut nier que sa capacité soit générale en elle-même ; mais au lieu de lui donner une capacité de faire tout acte et de voir une restriction spéciale dans les défenses de faire tel ou tel d'entre eux, ne peut-on avancer que sa capacité de femme mariée, qui n'est pas égale sur tous les points, n'en reste pas moins générale ? elle l'acquiert au jour du contrat ou du mariage, elle l'acquiert avec des limites qui, sur certains points, sont plus étendues que sur d'autres ; mais comprise à l'intérieur de ces limites irrégulières, elle forme un tout unique, constituant sa capacité générale. Les restrictions qu'elle subit sont, si l'on veut, non pas postérieures à l'établissement de sa capacité, ce qui les rendrait spéciales, mais préalables à sa fixation définitive. Sa capacité générale de femme dotale sera, dès le début, de pouvoir aliéner certains biens, de ne le pouvoir pour d'autres ; ce ne sera pas une capacité générale de tout aliéner subissant ensuite une restriction spéciale sur un point ;

(1) Théorie qui a été exposée et réfutée p. 29 et suivantes.

et l'on arrive ainsi à concevoir une capacité de la femme classée sous différentes étiquettes : capacité générale de la femme mariée commune en biens, de la femme mariée dotale, de la femme séparée de biens. Et ce qui prouve bien la possibilité de concevoir ainsi la capacité de la femme dotale, c'est que des partisans de la réalité eux-mêmes, ont reconnu qu'en présence d'un contrat établissant le régime dotal, cette inaliénabilité s'étendra en tous lieux ; et on ne peut sérieusement prétendre que la simple présence d'un contrat soit suffisante pour changer instantanément la nature et la qualité de la capacité d'une personne. « Il y a cependant un cas auquel on ne s'arrête pas précisément à cette réalité. Si une femme, par exemple, a été mariée en pays de droit écrit et qu'elle ait apporté en mariage un héritage sis à Paris, comme fonds dotal, elle ne pourra pas l'aliéner valablement, non pas même quand elle transferrait son domicile à Paris pendant le cours du mariage... Si un fonds situé à Paris est inaliénable en ce cas, ce n'est qu'en vertu de la stipulation portée au contrat de mariage, laquelle affecte l'héritage et lui imprime, à l'instant même du mariage, la qualité de fonds dotal, laquelle ne peut plus s'effacer (1). » Sous une forme déguisée, c'est bien reconnaître qu'il s'agit là d'une question de capacité, qui est de l'essence même du régime dotal ; mais il ne faudrait pas restreindre au

(1) Duplessis, *op. cit.*, consultation 26, p. 154.

cas où il y a contrat la portée de ce texte, et grâce à l'idée de convention tacite, la justification en est aussi aisée.

De nos jours, on ne met plus en doute que l'inaliénabilité dotale soit beaucoup plus une incapacité de la femme qu'une indisponibilité réelle. Mais la conviction des auteurs réalistes s'explique très bien étant donné le courant des idées romaines à cette époque. A Rome on y voyait une indisponibilité et les conséquences en étaient la possibilité pour la femme d'exercer la revendication de son immeuble indûment aliéné ; le contrat n'était susceptible d'aucune confirmation. Aujourd'hui, les solutions sont changées ; la vente du bien dotal n'entraîne plus qu'une nullité relative et confirmable, et la suppression de l'indisponibilité au profit d'une incapacité de la femme est la seule façon d'expliquer la faculté d'aliéner sous charge de remploi ou même à défaut s'il y a stipulation en ce sens au contrat de mariage, et la survivance de l'insaisissabilité après le mariage. Mais les règles que nous venons d'établir, personnalité du régime et de l'inaliénabilité, souveraineté de la coutume du domicile matrimonial, ne visaient que les immeubles ; que fallait-il décider pour la dot mobilière ? nous n'en parlerions même pas si la théorie par nous adoptée existait seule ; ce que nous avons dit des immeubles s'appliquerait ici. Mais dans l'opinion du statut réel, que conclure, puisqu'il n'y a plus de loi de situation d'immeubles pour se guider ? En une telle

espèce (1) ils arrivaient pourtant exactement au même point que nous ; ils ne considéraient que la loi du domicile matrimonial, ce qui était bien peu logique avec eux-mêmes ; ils n'auraient dû suivre que la loi du dernier domicile ; malgré eux, ils se ralliaient au statut personnel ce qui est, à nos yeux, un motif de plus à l'appui de notre doctrine ; sinon, à quelle incohérence ne parvenait-on pas, appliquant le statut réel pour les immeubles, et le personnel pour les objets mobiliers !

La Normandie ne connaissait pas l'inaliénabilité dotale proprement dite (2). Mais elle exigeait certaines conditions pour la validité de la vente et donnait à la femme des garanties très étendues. Aux termes de l'article 538 étaient bonnes et valables à tous points de vue les aliénations de biens dotaux passées par le mari du consentement de sa femme ou par la femme de l'autorité de son mari : Mais si la dot de la femme a été aliénée en tout ou partie et que les deniers ne soient convertis à son profit, elle aura récompense du juste prix sur les biens de son mari du jour du contrat de mariage — article 539 — ; et — article 540 — si la femme ne

(1) Tessier, *op. cit.*, t. I^{er}, p. 459.

(2) Au contraire, les quatre provinces de droit écrit du ressort du parlement de Paris, — Forez, Lyonnais, Beaujolais, Mâconnais, — la connaissaient ; la loi Julia y était en vigueur et elle ne fut abolie qu'en 1664 ; les conflits possibles entre cette inaliénabilité absolue et le régime normand se réglaient par les principes généraux, c'est-à-dire par la loi de la situation des biens contrairement à la doctrine que nous préconisons.

peut avoir sa récompense sur les biens de son mari, elle peut subsidiairement s'adresser contre les détenteurs desdits biens. Ainsi donc, en principe, les aliénations de biens dotaux dûment autorisées et consenties étaient valables ; et la femme avait une triple garantie pour retrouver le prix versé en paiement de la vente : obligation de remploi par le mari, hypothèque le garantissant, enfin action subsidiaire contre l'acquéreur. Ce sont ces garanties, telles qu'on les pratiquait à Paris et à Rouen, que nous allons étudier.

B. — Remploi.

C'était une obligation grevant le mari qui venait de vendre un bien de sa femme, d'acheter, avec les deniers en provenant, un nouvel immeuble de valeur égale, de « remployer » l'argent dotal ; faute de quoi, et si la somme ne se retrouvait pas intacte au jour de la dissolution, on prenait parmi les biens du mari un immeuble dont la valeur fût égale à celle dont il était débiteur vis-à-vis de son épouse. Cette garantie n'était d'ailleurs pas spéciale en Normandie, elle existait aussi à Paris ; mais le remploi n'était pas de tous points semblable dans ces deux provinces, et ces différences donnaient lieu à de fréquentes difficultés.

L'obligation du remploi était-elle de statut réel ou personnel ? En d'autres termes, fallait-il suivre la coutume en vigueur là où étaient situés les biens aliénés, ou bien celle du domicile matrimonial ? Si l'on suppose

que la demeure des époux est en une coutume obligeant au remploi et les biens sis en une province n'astreignant pas au remplacement, à laquelle des deux lois fallait-il se conformer ? Pour les uns, le remploi était de statut réel et ils avaient créé et appliqué cet adage, « il n'y a pas de remploi de coutume à coutume » ; ils entendaient par là que dans le cas où des biens étaient vendus en Normandie qui ordonnait le remploi, on ne pouvait le demander sur des biens sis en une autre coutume. Ce principe, établi à propos des successions, s'étendait-il aux remplois matrimoniaux ? les uns le niaient (1), ce qui permet de conclure qu'ils ne considéraient pas ce remploi comme réel ; les autres penchaient pour l'affirmative, donnant à la règle la plus grande extension possible, se basant sur la réalité stricte des coutumes (2). En conséquence, le bien vendu étant situé en une coutume n'ordonnant pas le remploi, ne sera pas remployable sur des biens sis en une coutume l'ordonnant, quand bien même le domicile des époux serait en cette dernière ; la règle proposée s'appliquerait-elle aussi si la coutume de la situation ordonne le remploi ? A cela on répond que le remploi étant ordonné par le lieu de la situation des biens, il aura lieu partout ; en ce cas, dit Basnage, « la règle qu'il n'y a point de remploi de coutume à coutume ne peut avoir

(1) Pesnelle, *op. cit.*, t. II, p. 510. Houard, *op. cit.*, t. IV, au mot : remplacement.

(2) En ce sens Basnage, t. II, p. 466.

lieu ». Ainsi, même ceux parmi les partisans du remploi réel qui voulaient appliquer la maxime en matière matrimoniale, ne la suivaient pas sans exception. Ce remploi de coutume à coutume n'avait pas lieu quand la loi des immeubles ne l'ordonnait pas ; il avait lieu quand il y était obligatoire ; par suite, si le bien de la femme était en Normandie, elle pouvait en demander le remplacement sur des immeubles sis ailleurs ; mais le remploi était toujours bien regardé comme réel, puisque son caractère obligatoire dépendait du lieu de la situation des biens ; c'était là le seul sens finalement de la maxime, et il ne fallait pas la pousser jusqu'à dire que les biens vendus en Normandie ne pouvaient être remployés que sur des biens sis eux-mêmes en Normandie ; c'était peut-être vrai en matière successorale ; nous venons de voir qu'ici ce ne l'était pas entièrement.

Les auteurs normands considéraient donc en principe l'article 539 comme de statut réel, car il était une condition mise à la vente, et que tout ce qui regarde les transmissions d'immeubles en dépend. Ils étaient d'ailleurs logiques avec eux-mêmes en soutenant la réalité du remploi (1), puisqu'ils considéraient le régime dotal comme tel ; mais reste à savoir si, bien que logiques, ils avaient cependant raison ; étant donné que nous avons jugé le régime dotal de statut personnel,

(1) Voir Merlin, *Question de droit*, p. 316.

pour être logique à notre tour, nous ne pouvons guère ne pas penser que le remploi n'ait aussi ce caractère. Ce n'est d'ailleurs pas une particularité du régime dotal, et puisqu'à notre avis, tout régime matrimonial est personnel, ce que nous disons du remploi en Normandie, sera également vrai du remploi ordonné à Paris et joint à la communauté. Car, tant à Paris qu'en Normandie, le remploi était ordonné par la coutume, donc légal — article 232, — donc non soumis à la maxime du statut réel ; que l'on se place dans l'une ou l'autre des provinces, on rentrera toujours dans l'exception prévue par la doctrine même que nous combattons ; mais le fait d'être obligatoire ici et là n'implique pas l'identité à tous points de vues, et il nous sera fort utile, d'ici peu, de savoir quel caractère il est bon de lui attribuer. A Paris, on a presque toujours considéré le remploi comme de statut personnel ; il y a bien eu, le 30 mai 1603 (1), un jugement dans le sens de la réalité et de la maxime normande appliquée dans son principe, et non pas même dans son exception prévue par Basnage. Mais dès le milieu du ^{xvii}e siècle « la jurisprudence tend à l'étendre aux coutumes dont la disposition n'est pas contraire (2) » et « telle est la nouvelle jurisprudence du parlement, nonobstant les anciens arrêts ». Ceci d'ailleurs dans le même sens que ceux des

(1) Brodeau sur Louet, *op. cit.*, t. II, p. 529.

(2) *Idem*, p. 533.

auteurs normands qui ne se prononçaient pas catégoriquement, on l'a vu, pour la réalité. Ainsi la jurisprudence dans son ensemble considérait « que le remploi, même dans les coutumes où il n'est pas légal, doit être considéré comme tel vis-à-vis des immeubles vendus à Paris, s'il y a des conquêts en d'autres coutumes, d'après les arrêts (1) ». La personnalité du statut était donc admise, ce qui, il faut l'avouer, était reconnu par Basnage dans son exception, mais avec cette différence qu'il voulait suivre la loi des biens, au lieu de celle du domicile matrimonial (2) ; c'est cette dernière en effet qu'il faut seule observer (3). C'est d'ailleurs en concordance avec la personnalité de la communauté parisienne, car le remploi est en somme beaucoup plus une dépendance du régime matrimonial qu'une clause mise à l'aliénation des biens ; c'est « une indemnité à prendre sur la communauté du prix des biens que l'un des époux a consenti à vendre, dit Merlin. Si donc le statut qui règle la communauté influe sur les biens sis même en d'autres contrées, nul doute qu'il ne faille assujettir au remploi ce que les époux ont vendu hors de son territoire ». Il n'est d'ailleurs pas nécessaire

(1) Lebrun, *op. cit.*, p. 353. Il résulte du contexte que le domicile des époux se trouve aussi à Paris.

(2) D'où l'on croyait à la première réflexion qu'il restait toujours partisan de la réalité, ce qui au fond était sans doute bien son idée, quoique pratiquement il n'y conclût pas absolument.

(3) Merlin, *Question de droit*, p. 315. Boullenois, *op. cit.*, question 6.

qu'il y ait un contrat exprès l'ordonnant, puisque la coutume le rendait légal et que la convention tacite reproduira la loi (1). Enfin cette personnalité du remploi était aussi indiscutable lorsqu'il s'agissait de biens dotaux que de biens propres, et cela pour les raisons ci-dessus alléguées, jointes à celles qui nous ont fait juger le régime dotal personnel, en ajoutant que cette obligation du remploi existait également pour les paraphernaux de la femme au sens normand du mot.

Les biens soumis à l'obligation du remploi n'étaient pas les mêmes dans les deux coutumes, ou plus exactement l'ordre dans lequel on les prenait pour combler les brèches faites à la fortune de la femme n'était pas identique. A Paris, les immeubles propres de la femme ayant été vendus, leur prix tombé en communauté et le remploi non effectué, la femme, était mise en possession tout d'abord de biens de la communauté, et si ceux-ci ne suffisaient pas, on lui donnait des biens propres du mari — actuelle 232 — ; en Normandie, le remploi de la dot proprement dite — et non de tous les biens qualifiés dotaux — se faisait sur les biens du mari — article 365 — et seulement à défaut sur les conquêts; quant aux autres biens, l'article 65 Placités ordonnait de le faire d'abord sur les conquêts, comme à Paris. C'était donc, dans une certaine mesure, un ordre inverse de celui suivi à Paris. Cependant il nous semble que cela ne devait pas être

(1) Charondas, livre XIII, réponse 97.

une source de conflits bien considérable, ou du moins cela nous apparaît ainsi, en conséquence du caractère personnel prêté au remploi. C'est maintenant qu'apparaît l'utilité de toute la discussion qui a précédé. S'il y à Paris des conquêts et des biens propres au mari, la femme normande exercera cependant le remploi de sa dot en premier lieu sur les propres ; en sens inverse, s'il s'agit d'époux parisiens ayant en Normandie des propres et des conquêts, ces derniers seront pris les premiers ; ce n'est que la suite à peu près forcée du principe que nous avons admis.

La valeur qui servait de base au remploi constitue une seconde différence. En Normandie (1), le remploi était basé d'après le juste prix de la chose aliénée, c'est-à-dire d'après sa valeur au jour de la dissolution du mariage, ou du décès du mari. On ne tenait pas compte de la valeur que l'immeuble avait au jour de la vente ; on ne la considérait qu'à l'instant du règlement des comptes entre les époux, du moins en ce qui concerne seulement les biens dotaux, car il semble que pour les paraphernaux (2), la règle parisienne était aussi en vigueur. De sorte que la femme avait, dans ce remploi, un droit en quelque sorte aléatoire, courant la chance de réaliser un bénéfice ou le risque d'essuyer une perte selon que la valeur du bien dotal avait augmenté ou

(1) Basnage sur l'article 539. Lebrun, *op. cit.*, p. 352.

(2) Basnage, t. II. p. 471.

diminué depuis la vente. Au contraire, à Paris, le emploi était fixé sur le montant du prix porté au contrat d'aliénation, sans s'occuper de sa valeur au jour du décès; aussi si elle avait augmenté, la femme ne réalisait pas le bénéfice qu'elle aurait en Normandie, mais, inversement, elle ne risquait aucune perte. Théorie plus protectrice des droits de la femme à coup sûr, et plus équitable, puisqu'en somme le emploi doit être en bonne justice, égal à la somme touchée par le mari, et que l'on s'étonne de ne pas voir suivie en Normandie où les protections dotales étaient pourtant nombreuses. Quelle valeur faudra-t-il prendre comme base où la femme domiciliée à Paris a un immeuble en Normandie qui a été vendu, ou réciproquement? Partisans que nous sommes de la personnalité du emploi, étant donné le lien qui l'unit au régime même, nous ne pouvons répondre autrement qu'en indiquant la loi du domicile matrimonial et non pas celle de la situation du lien aliéné; mais est-il besoin de dire que l'opinion adverse aurait critiqué cette solution?

C. — Hypothèque légale.

Si l'obligation du emploi avait été imposée au mari sans plus, il y aurait eu bien des chances pour qu'elle ne soit jamais exécutée. Il aurait suffi au mari de vendre ses propres, de dissiper l'argent provenant de cette vente, et la femme au moment d'exercer son emploi

n'aurait plus rien trouvé pour ce faire. Aussi sanctionna-t-on cette obligation par la création d'une garantie, qui ne fut autre chose que l'hypothèque légale. Son but était d'assurer à l'épouse la restitution de ses propres et leur emploi en cas d'aliénation à Paris, ou, en Normandie, de ses biens tant dotaux que paraphernaux. Son utilité était donc incontestable, et, en réalité, c'était la seule façon de parvenir à la fin que l'on se proposait.

Les caractères qu'elle présentait étaient à peu près identiques dans les deux provinces : mais il y avait pourtant des différences. Les caractères semblables étaient assez nombreux : tout d'abord l'hypothèque portait sur tous les immeubles du mari et sur la totalité des conquêts, à condition, pour ces derniers, que la femme renoncât à Paris, à la communauté, en Normandie, au droit d'y prendre part. Cette renonciation en effet « effaçait toute impression de son droit habituel », et lui permettait d'exercer son action hypothécaire contre les acquéreurs des conquêts vendus par son mari, si les biens propres ne suffisaient pas à la désintéresser (1). En second lieu, cette hypothèque était tantôt conventionnelle tantôt légale, prenant rang dans le premier cas au jour du contrat de mariage, au second, au jour de la célébration. Toutes les créances de la femme à raison de sa dot, de ses apports, de son douaire, de ses emplois, prenaient rang en principe à cette date

(1) Lebrun, *op. cit.*, p. 503.

unique ; enfin cette hypothèque avait perdu le caractère que lui avait donné Justinien, et n'était plus privilégiée, en ce sens que si elle primait les créanciers du mari postérieurs au mariage, elle ne primait plus ceux qui y étaient antérieurs. Quant aux différences, elles étaient au nombre de trois ; tandis que l'hypothèque à Paris toujours prenait rang à une date unique, il y avait, en Normandie, exception pour certains biens de la femme ; cette règle, vraie pour ses gains de survie, ses biens dotaux et leurs remplois, ne l'était plus pour ceux qu'elle tenait « soit à droit de succession — collatérale —, donation, acquisition ou autrement » — article 542 —, en un mot pour ses paraphernaux ; pour ceux-ci son hypothèque ne datait que du jour de leur aliénation, quelque postérieure qu'elle fût en époque au contrat de mariage ; en outre, il existait, en Normandie, deux formalités spéciales pour que le contrat de mariage emportât hypothèque à sa date : la formalité du contrôle lorsque le contrat était notarié, de la reconnaissance s'il était sous-seings privés ; faute de satisfaire à cette formalité dans un délai que nous verrons d'ici peu, elle ne prenait rang que du jour où elle avait été accomplie.

Ces règles particulières à la Normandie étant connues, il reste à étudier à quel statut on doit rattacher l'hypothèque, afin de savoir, en supposant une femme mariée et domiciliée en Normandie dont le mari avait des immeubles à Paris, ou une Parisienne dont le mari avait des biens à Rouen, quel était leur champ d'application.

L'hypothèque légale revêt deux caractères : l'un que l'on retrouve chez toutes les hypothèques, celui d'un droit réel sur un immeuble ; l'autre particulier ici, qui fait de cette hypothèque une sûreté accordée à la femme pour la restitution de ses biens, afin de contrebalancer la puissance maritale, un accessoire de la créance de l'épouse, une partie du régime matrimonial lui-même. Or (1), si l'on se contente de retenir le premier caractère, il est incontestable que l'hypothèque légale tient à l'organisation de la propriété foncière et doit relever de la loi de la situation des biens, du statut réel ; si, au contraire, on considère que c'est un droit qui a trait aux rapports entre mari et femme, un accessoire de la créance d'indemnité de cette dernière, qui se rattache aux questions d'état et de condition de l'épouse, il faut appliquer la loi qui régit les conjoints, c'est-à-dire la loi du domicile matrimonial et personnelle. Il nous semble bien que c'est surtout sous ce second aspect qu'il faille l'envisager, comme une protection donnée à la femme à raison de son incapacité à veiller elle-même à ses intérêts ; étant un accessoire du régime matrimonial de statut personnel, ayant en outre sa base dans l'état de dépendance et d'infériorité de la femme, on doit plutôt voir en elle un complément de la théorie de la condition de la femme mariée, créancière du mari,

(1) Voir la thèse de M. Giraudet, *Les hypothèses en droit international privé*, 1896.

qu'une institution se rattachant directement à la propriété et aux biens sur lesquels elle porte ; on peut donc considérer l'hypothèque légale comme de statut personnel. Mais, comme nous l'avons déjà maintes fois remarqué, ce statut sera sans force contre les lois prohibitives, parce que d'ordre public. Aussi, pour connaître l'étendue des règles de fond propres à cette garantie, tout se ramène à regarder si la coutume qui ne connaît pas ces caractères spéciaux les ignore simplement ou les interdit formellement ; et en ce qui concerne les règles de formes, quels principes il leur faut appliquer.

Deux sur trois des règles normandes semblent de pure forme. La formalité du contrôle fut établie en Normandie par un édit d'Henri III de 1581, aux termes duquel « aux baillages, sénéchaussées, prévôtés et juridictions royales, quelque contrat que ce soit, mariage, dons, etc..., devra y être transcrit dans les deux mois faute de quoi même les créanciers postérieurs seront préférés (1) ». Cette ordonnance appliquée en Normandie en 1606, étendue à toute la France en 1693, et modifiée en 1723 par un autre édit qui en exempta la ville de Paris, décidait donc qu'il n'était pas suffisant qu'un contrat de mariage fût passé par devant notaire pour donner hypothèque opposable aux tiers, mais qu'il devait en outre être « contrôlé », faute de quoi l'hypothèque ne datait que du jour de l'accomplissement de

(1) Boullenois, *op. cit.*, question 7, p. 127.

cette formalité. Cette règle, ayant été inconnue à Paris, sauf pour quelques années, le conflit se posait dans les termes suivants : un contrat non contrôlé en Normandie où il était passé, emportait-il hypothèque de sa date sur les biens sis à Paris ? un contrat également non contrôlé passé à Paris avait-il effet sur les biens de Normandie ? Le règlement de 1666, article 135, a lui-même résolu la question. Les contrats passés hors Normandie, ont hypothèque sur les immeubles y situés bien que non contrôlés ; à l'inverse, ceux passés en Normandie, et non contrôlés, n'emportent hypothèque sur aucun immeuble, même à Paris. C'est donc l'application de la règle *locus regit actum*, ce qui prouve bien que ce contrôle n'était qu'une pure question de forme et n'intéressait en rien le fonds et ce qui prouve également que de nos jours les principes se sont modifiés, car on décide aujourd'hui que la publicité ordonnée en France en matière d'hypothèque est soumise à la *lex rei sitæ* ; c'est-à-dire (1) que du moment qu'il y aura des immeubles en France, la publicité sera exigée en ce pays même si les parties sont originaires et domiciliées en un pays où elle n'est pas requise, et où le contrat ainsi garanti a été passé, solution absolument opposée à l'ancienne (2).

(1) Weiss, *op. cit.*, t. IV, p. 250.

(2) Comparer des solutions identiques à propos de la publicité de la *séparation des biens*, page 49.

Un règlement de l'an 1600 (1) avait établi que le contrat de mariage non passé par devant notaire, ce qui était la règle générale en Normandie, n'emporterait hypothèque que du jour où il serait reconnu. Il n'y a pas lieu d'étudier ici les difficultés nées de la combinaison de cette ordonnance et de la coutume normande ; elles sont exposées tout au long dans Basnage ; quant à celles issues du conflit de la coutume de Rouen et de celle de Paris, touchant ce point, il est évident qu'elles devaient se solutionner comme en matière du contrôle, ces deux règles étant des règles de formes et l'application de l'adage *locus regit actum* étant aussi logique pour l'une que pour l'autre ; et même ce conflit n'a jamais existé en fait que jusqu'à l'an 1600, car la coutume de Paris ayant inséré dans la rédaction de son texte, en 1580, une disposition analogue, — article 107 — ce n'est guère que pendant une vingtaine d'années au plus qu'il y eut controverse entre les deux provinces ; l'ordonnance de Villers-Cotterets avait bien imposé, dès 1539, cette règle à toute la France ; peut-être l'appliqua-t-on à Paris dès avant la seconde rédaction de la coutume ; mais il est certain qu'en Normandie, malgré la généralité de l'édit, ce n'est qu'en 1600, lors du règlement spécial à cette date, qu'on la suivit.

La principale difficulté naissait du rang donné en

(1) Voir thèse de M. Ranchon, p. 96, et Basnage au traité des hypothèques.

Normandie à l'hypothèque des paraphernaux. Nous avons déjà dit que ce qu'on appelait, à Rouen, paraphernaux et dotaux, étaient à Paris englobés sous le nom unique de propres. Aussi, tous les biens de la femme ayant à Paris hypothèque du jour du contrat, en Normandie, les paraphernaux seulement du jour de leur aliénation, allait-il falloir, si la femme mariée et domiciliée à Paris avait en Normandie des biens échus en succession collatérale, par exemple, ne les garantir qu'au jour de leur aliénation, ou, au contraire, au jour du contrat? Une femme normande ayant à Paris des biens qui, s'ils étaient en Normandie, seraient classés paraphernaux, à quelle date fallait-il les garantir? On décidait en Normandie (1) que la femme domiciliée à Paris, même ayant eu le soin par contrat de se réserver, dans le cas où elle vendrait ses biens acquis conformément à l'article 542, une hypothèque du jour du contrat, cette hypothèque ne prendrait rang sur les biens du mari sis en Normandie, que du jour de la vente ou de l'obligation contractée sur son immeuble; et que la convention ne peut détruire les règles établies par la coutume normande; de sorte que les acquéreurs des biens du mari n'avaient à redouter que l'hypothèque de la femme à raison de ses biens dotaux mais non de ses paraphernaux, s'ils n'étaient pas vendus avant l'aliénation de son propre bien. A en croire cette opinion,

(1) Basnage, *op. cit.*, t. II, p. 479.

l'hypothèque serait donc de statut réel ; ce serait la loi de la situation de l'immeuble qui déciderait du rang de l'hypothèque, puisqu'en somme c'est à une question de priorité que se ramène la controverse en l'espèce ; et, qui plus est, la coutume normande serait prohibitive quant aux règles qu'elle établit ; jamais elle n'admettrait que les biens visés par l'article 542 fussent protégés du jour du contrat. Les arguments donnés se réduisaient donc à deux : l'hypothèque, portant sur les immeubles, subit leur loi ; et cette [réalité de la coutume normande se double d'une prohibition d'ordre public ne permettant pas d'y déroger. Son point de départ était donc dans le rapport qu'il y a entre l'hypothèque et la disponibilité de l'immeuble ; tandis que nous avons admis la personnalité de cette garantie, justement à cause de son lien avec la condition de la femme. Notre théorie ne peut-elle donc s'appliquer encore ici ? Il s'agit d'un caractère de fonds de l'hypothèque, du rang qu'on lui assignera, ce qui est de l'essence même de cette sûreté accessoire à la créance de la femme ; la vérité est, non pas que l'hypothèque est différente en elle-même dans les deux provinces ; mais seulement que le régime matrimonial auquel elle est jointe est dissemblable ; il y a en quelque sorte une hypothèque légale de communauté et une hypothèque de régime dotal ; dès lors n'est-il pas logique de lui appliquer le statut personnel régissant l'objet dont elle dépend ? en outre, puisqu'il s'agit d'une partie d'une créance, d'un ac-

cessoire s'y incorporant, faut-il créer une exception à la règle qui veut qu'en matière de créances, on suive la loi du domicile du créancier, en l'espèce du domicile matrimonial de l'épouse? La seule raison sérieuse de repousser cette façon de voir serait celle tirée de la prohibition de la coutume normande; l'important est donc de savoir si cette défense d'ordre public n'existait que dans l'esprit des auteurs normands, ou si elle était véritablement reconnue. De nos jours on décide bien qu'une femme invoquant son hypothèque légale organisée d'après sa loi, dans un pays la régissant différemment, en profitera, telle qu'elle est organisée par sa loi nationale, si elle n'est pas restreinte par l'ordre public, et en général on considère que les questions de rang sont de cette catégorie, ou du moins dans la mesure où le rang de la femme serait amélioré (1); c'est-à-dire qu'une femme parisienne n'aurait pu invoquer son hypothèque en Normandie au rang du contrat pour tous ses biens, mais qu'une femme normande ne serait venue à Paris qu'au rang assigné par la coutume normande; il n'y aurait pas lieu en effet de contraindre une femme à venir en meilleur rang que ne lui permet sa coutume, même si la loi des biens l'y autorise, car dans ce cas elle n'enfreindrait pas l'ordre public mais négligerait simplement un bénéfice à elle accordé; au contraire, si elle veut venir en meilleur rang que ne le permet la coutume du lieu de la situation,

(1) Weiss, *op. cit.*, t. IV, p. 269.

l'ordre public s'y oppose. S'il nous faut admettre malgré tout l'existence d'une prohibition en Normandie, c'est du moins cette solution que nous préférons, car elle a l'avantage d'en faire une prohibition personnelle, ce qui concorde parfaitement avec la notion que nous avons conçue de cette garantie de la femme ; les auteurs normands, au contraire, s'abusant sur la véritable signification de la défense d'ordre public, voulaient à toute force la soumettre au statut réel (1) et, par suite, la femme normande serait venue, sur les immeubles de Paris, à un rang unique la favorisant extrêmement ; conséquence inadmissible, nous venons de le voir, et en contradiction directe avec notre système.

La solution à suivre en fin de compte est donc la personnalité de l'hypothèque légale de la femme régie par la loi de son domicile matrimonial, sauf, quant à la question de rang, l'obstacle né de la coutume normande que nous considérons comme d'ordre public, mais avec le caractère de prohibitive personnelle ; c'est la seule conclusion naturelle à laquelle on puisse arriver, et qui peut s'accorder avec le caractère simplement exclusif de cette coutume en matière de communauté, car il n'y a aucune contradiction à appliquer des règles légèrement différentes à l'institution même et à ces accessoires ; est-il d'ailleurs bien vrai qu'il y ait eu prohibition.

(1) Voir pages 49 et 87 la critique de cette idée jadis adoptée.

D. — Action subsidiaire de la femme contre l'acquéreur
de son immeuble.

L'hypothèque légale pouvait cependant être elle-même insuffisante, ce qui était fort vraisemblable dans le cas où le mari n'avait aucun immeuble ; l'hypothèque étant impossible sur les meubles, la femme se trouvait alors dénuée de garantie, si en outre le mari avait dissipé les deniers. Pour suppléer à cet inconvénient, l'article 540 de la coutume normande décidait que « si la femme ne peut avoir récompense sur les biens de son mari, elle peut subsidiairement s'adresser contre les détenteurs dudit dot, lesquels ont option de le lui laisser ou lui payer le juste prix à l'estimation de ce qu'il pouvait valoir lors du décès du mari ». C'était une sorte d'action possessoire donnée à la femme ou à ses héritiers dans l'année seulement de la dissolution pour reprendre son bien dotal ou paraphernal — articles 540-542 — dans le cas où les biens du mari n'étaient pas suffisants pour la désintéresser, et cela quand bien même la femme aurait concouru à la vente, et le bien valablement aliéné conformément à l'article 538 ; le seul fait de ne pouvoir toucher le montant du prix à la dissolution par suite de l'insolvabilité du mari lui ouvrait ce recours, à condition toutefois, disait-on en général, qu'elle ait renoncé à sa part de conquêts pour ne pas se voir opposer l'exception de garantie. A Paris, il n'y avait rien d'analogue à cette

action. Dès lors, la femme normande dont un bien sis à Paris avait été aliéné, avait-elle cette action contre l'acquéreur parisien, et réciproquement, la Parisienne dont l'immeuble de Normandie avait été vendu, allait-elle pouvoir inquiéter l'acheteur par ce moyen ? Ici comme partout ailleurs, les partisans du statut réel et personnel sont en présence. Comme on l'a dit très justement, tout le nœud du problème est de savoir si l'article 540 de la coutume vise *primario per se* les biens ou la personne (1). Pour les uns il réglait une des conditions mises à la vente du bien dotal, de même que l'article 539 établissant la nécessité du remploi, le faisait, à les entendre ; à cette première condition *sine qua non*, l'article 540 en ajoutait une seconde ; considérant le remploi comme réel, ils en tiraient un argument *a fortiori* dans le cas qui nous occupe ; et des avocats de Paris allaient jusqu'à le soutenir (2). D'ailleurs, même parmi ceux qui accordaient à l'inaliénabilité dotale le caractère personnel, il en était qui prétendaient que l'action subsidiaire ne pouvait suivre la même règle (3). Au lieu de raisonner *a fortiori*, ils établissaient une différence entre ces deux institutions juridiques, reconnaissant que le régime dotal vise bien

(1) Duplessis, *op. cit.*, t. II, consultation 50.

(2) Frolland, *op. cit.*, chap. XXI. Conférence des avocats du 31 décembre 1718.

(3) Voir discussion relatée par Boullenois, *op. cit.*, 15^e question, p. 291.

une incapacité de la femme, mais que cette action subsidiaire, ayant uniquement pour but la conservation du bien, relevait du statut réel. Avec un tel système, on attachait cette action uniquement à la vente des biens de Normandie, et la femme normande aurait-elle eu des biens dotaux à Paris, n'aurait pu poursuivre les acquéreurs ; et cette conclusion, si peu en accord avec le système des protections dotales, avait fait dire à un avocat : « Pour moi, je vous avoue que je ne sais où j'en suis, et que, de quelque côté que je me tourne, je ne vois que des précipices et des écueils » (1). Au contraire, la femme normande gardait cette garantie même sur les biens de Paris si l'on adoptait la personnalité du statut et la Parisienne ne pouvait inquiéter les acquéreurs en Normandie. Dès le milieu du xvi^e siècle on avait déjà reconnu l'extension de cette action contre les acquéreurs des biens de Paris (2). Cette extension reposait d'ailleurs sur un argument inexact qui ne se basait pas sur la personnalité du statut, et que nous avons déjà signalé en nous occupant de l'autorisation

(1) Frolland, *op. cit.*, p. 1027.

(2) Dumoulin, *op. cit.*, t. III, p. 556, comparer avec la citation, p. 44. *Nisi statutum non fundaretur in sola voluntate, sic volo, sic jubeo, nec sola ratione conservandorum bonorum sui territorii, sed in ratione boni universi, et in causa habente concursus justitiæ naturalis, vel juris communis ut consuetudo Neustriæ : quod uxor vendens heredium viro auctore, vel cum eo, possit post mortem viri revocare ; habet enim locum in subditis non solum pro bonis sitis in Neustria, sed etiam ubique, sive Parisiis sita sint.*

spéciale exigée à Rouen lorsque la femme séparée de biens vendait ses immeubles (1) ; il était bien inutile de mettre en avant l'équité naturelle pour justifier le champ d'application qu'on lui prêtait. Puisqu'en pratique on lui appliquait les règles de la personnalité (2), puisque des auteurs généralement enclins à la réalité du statut, penchaient en faveur de cette solution, il était bien plus simple de la soumettre et de la faire naître du principe correspondant. C'était l'opinion générale à Paris. Non seulement l'action subsidiaire était, de même que le remploi, une protection accordée à la femme eu égard à sa condition, une conséquence naturelle de son état de femme dotale, et par suite de statut personnel, mais encore c'était une partie d'un tout complet qui n'était autre que le régime matrimonial normand, soumis à la personnalité ; et il n'est pas même besoin de supposer un contrat de mariage exprès ; la convention tacite y suppléait. De sorte que la femme normande avait, contre les acquéreurs des biens de Paris, cette action qui s'y étendait comme accessoire de son régime ; il n'y a pas à invoquer les inconvénients d'expropriation possibles pour les acheteurs ; ils n'avaient qu'à s'informer en achetant de la qualité de leur vendeur ; et il était plus équitable de sacrifier leurs intérêts à ceux de la femme que de faire l'inverse,

(1) Voir pages 44-45.

(2) Choppin. *Privilege des rustiques*, p. 52.

car, en somme, on n'est jamais contraint d'acheter, tandis que le mari pouvait vendre à l'insu ou contre le gré de sa femme.

Le régime dotal et les protections y attenantes, sauf une réserve peut-être en ce qui concerne le rang de l'hypothèque légale, formaient ainsi, ou plutôt auraient dû former, un système homogène, entièrement dans la dépendance du statut personnel, et, de cette façon, on arrivait à la réciproque exacte de ce qui existait en matière de communauté, admise beaucoup plus facilement par la majorité des auteurs comme soumise à la personnalité.

SECTION II

Des contrats permis à la femme autorisée relativement à ses biens.

Nous n'avons étudié jusqu'ici que les questions touchant à la vente des immeubles de la femme ; il nous reste à envisager encore d'autres actes de disposition. La femme pouvait-elle consentir à ses créanciers des hypothèques sur ses biens et contracter des obligations les engageant ? pouvait-elle les donner ? pouvait-elle intercéder pour autrui et faire répondre ses immeubles des cautionnements qu'elle souscrivait ?

Il va de soi que la possibilité pour la femme d'hypothéquer ou d'engager ses biens, n'existait que si elle

était préalablement autorisée du mari. Nous avons assez longuement établi la nécessité de cette autorisation pour ne pas y revenir ; mais, même autorisée, avait-elle la faculté de consentir une hypothèque à ses créanciers ? A Paris cela lui était permis ; mais en Normandie l'article 128 Placités le lui défendait dans tous les cas. Dès lors, comment résoudre le conflit ? Il est évident que l'hypothèque conduisant forcément à un délaissement de l'immeuble ou à son aliénation, la question se pose dans les mêmes termes que pour l'inaliénabilité dotale ; si cette défense est la conséquence d'une indisponibilité réelle, on suivra le statut réel ; s'il ne s'agit que de la capacité de la femme, ce sera le statut personnel. Il n'y a guère de doute que la question doive être résolue dans ce sens, d'abord par analogie avec l'inaliénabilité dotale, et ensuite parce que, de tout temps, on a décidé que c'est la loi personnelle qui mesure l'étendue de la capacité requise chez les parties pour « acquérir, consentir ou transférer une sûreté réelle (1) ». La controverse est donc tranchée dans le sens de la personnalité (2).

Doit-on appliquer la même solution à la question de savoir si la femme peut donner ou léguer ses biens propres ou dotaux ? c'est une question que nous traiterons à propos des donations (3).

(1) Weiss, *op. cit.*, *Manuel*, p. 538.

(2) Frolland, *op. cit.*, chap. xi.

(3) Voir 3^e partie, chap. 1^{er}, p. 198.

Que fallait-il décider en présence des intercessions consenties par la femme ? La fréquence des cautionnements que les femmes souscrivaient en faveur des tiers ou de leurs maris, les abus qui en naissaient et leurs résultats déplorables quant à la fortune de l'épouse qui était ainsi parfois totalement engagée, avaient motivé à Rome le vote de plusieurs sénatusconsultes, et notamment du Velléien. Ce sénatus-consulte, interdisant aux femmes d'intercéder pour leur mari aussi bien que pour autrui, avait-il survécu en France ? Oui, sans doute, et la preuve en est dans l'habitude prise, lors des contrats de mariage, de faire contracter par la femme une renonciation à son bénéfice afin de ne pouvoir s'en prévaloir pour faire tomber le cautionnement donné au mari. Cette pratique de renonciation fut rendue inutile par un édit de 1606 qui déclara le Velléien aboli dans toute la France ; mais, si cet édit fut bien appliqué à Paris, en ce sens que dorénavant on réputait valable toute intercession, on le méconnut en Normandie, et même on déclara nulle toute clause de renonciation, de sorte que tout cautionnement de la femme était absolument nul, comme aux premiers jours du sénatus-consulte. Etant donné la différence radicale qui séparait les deux provinces, le problème se posait donc de savoir si la femme domiciliée en Normandie allait pouvoir engager ses biens sis à Paris où la prohibition velléienne était inconnue, et si la femme domiciliée à Paris pouvait engager ses immeubles sis en Normandie

ce qui revenait une fois de plus à savoir si le Velléen était de statut réel ou personnel, s'il influait sur la capacité de la femme ou s'il frappait seulement les immeubles de Normandie.

La grande majorité de l'opinion s'accordait à proclamer le Velléen personnel. Le motif qu'on en donnait était très logique : La possibilité de cautionner ou non un individu n'est qu'une question de capacité ; c'est la capacité de la femme qui est directement affectée, donnant la faculté d'intercéder ou la lui refusant ; et c'est une conclusion à laquelle arrivent nombre d'auteurs, même d'origine normande (1). Ce n'est pas à dire que la doctrine adverse ne fut pas défendue, se basant sur ce double argument que le Velléen empêchant d'engager les immeubles avait trait à une question de disponibilité de biens, ou que, même en acceptant l'idée d'incapacité, elle ne constituait qu'une dérogation spéciale à l'état général de l'individu, et par suite de statut réel (2). En admettant la réalité de Velléen, il en résultait que la femme, en Normandie, pouvait cautionner sur ses immeubles sis à Paris, et que la femme de Paris ne pouvait engager ses biens de Normandie ; conséquence logique de ce qu'on suivait la loi

(1) Frolland, *Mémoires sur le Velléen*, p. 201 et suivantes, p. 527 et suivantes. Houard, t. II, au mot intercession.

(2) Lebrun, *op. cit.*, p. 342. Duplessis, t. II, consultation 7. Opinion discutée au conseil. Bourjon, *op. cit.*, p. 510.

de la situation des biens et non du domicile. Il était d'ailleurs facile de réfuter cette théorie en démontrant que la question de disponibilité des biens était hors de la discussion, et ensuite qu'il s'agissait d'une question de capacité, spéciale peut-être, mais, même dans ce cas, motivée par la considération de la personne, la faiblesse de la femme, ses moyens de défense moins parfaits et son manque d'expérience ; l'erreur que nous avons signalée tant de fois de voir à toute force un motif de réalité à la base des incapacités spéciales, se retrouve ici et avait mené ceux qui en étaient partisans à une théorie erronée, ce que d'ailleurs on avait reconnu dès cette époque en ce qui concernait particulièrement le Velléen (1) ; enfin, du moment qu'il s'agissait d'une question de capacité, l'acte passé en Normandie était nul dans son essence, et ne pouvait avoir effet même hors de cette province. Pour toutes ces raisons, le Velléen était donc personnel ; c'était le principe admis ; mais on ne l'appliquait pas rigoureusement, en admettant d'un côté l'impossibilité pour la femme normande d'engager par cautionnement ses immeubles en toutes provinces, de l'autre la possibilité pour la Parisienne d'engager ainsi ceux situés en tous lieux ; on acceptait bien la première de ces conséquences ; mais la seconde était partout repoussée ; pourquoi ? Pour ce motif bien simple

(1) Voir Demangeat, *Revue pratique de droit français*, 1856, p. 54 et suivantes.

qu'on disait le statut normand prohibitif, et que cette défense d'intercéder était d'ordre public ; par suite, le statut personnel devait s'incliner devant lui. On ne peut guère douter de l'existence de cette prohibition devant l'unanimité des avis, tant des auteurs parisiens que de Normandie ; on aurait pu espérer trouver une dissension d'opinion à ce sujet entre les parlements de Paris et de Rouen, comme on l'a vu en matière de communauté ; mais, ici, accord de tous côtés pour proclamer prohibitive cette défense velléienne de Normandie (1). On disait donc à l'envi qu'il y avait dans le Velléen un double statut : l'un personnel, en vertu duquel l'intercession de la femme normande était nulle en tous lieux, en vertu duquel aussi la Parisienne pouvait valablement engager ses immeubles ; l'autre réel prohibitif, qui arrêta cette faculté aux portes de la coutume normande. La jurisprudence était entièrement du même avis, et les deux parlements répétaient dans tous leurs arrêts qu'il existait, en Normandie, une dualité de statuts en cette matière, l'un personnel en principe, l'autre prohibitif réel en Normandie ; tel est le refrain que l'on retrouve à tout instant. On avait jugé dans ce sens à Paris le 21 août 1692, le 22 juin 1714, le 20 mai 1716, déclarant inexécutables sur tous les im-

(1) Opinion relatée par Frolland, *op. cit.*, p. 532 et arrêt du 26 juillet 1679. Houard, *op. cit.*, au mot intercession. Boullenois, *Des démissions de biens, question 6*, p. 85. Duplessis, *op. cit.*, t. II, consultation 26, p. 157.

meubles de Normandie des cautionnements passés à Paris, et nuls en tous lieux ceux passés à Rouen ; le 6 septembre 1664 et le 20 juin 1689, des arrêts l'avaient confirmé ; et il en était de même à Rouen, le 20 décembre 1607 et le 22 juin 1693 (1).

Cette étude des théories en cours sur ce point, offre ceci de particulier qu'en une seule et même matière, se trouvaient appliqués deux principes dont nous nous sommes toujours attachés à démontrer l'inexactitude ; l'un, sur le statut des incapacités spéciales, dont nous avons parlé aux pages précédentes ; l'autre sur la nature de la prohibition d'ordre public. Nous avons dit déjà qu'aux yeux des anciens auteurs, le mot prohibitif d'ordre public était inséparable de celui de statut réel. La prohibition de statut personnel leur semblait une chose impossible. Et pourtant, malgré leurs affirmations à ce sujet en ce qui concerne la défense velléienne en Normandie, il est hors de doute qu'il s'agissait en l'espèce d'une prohibition personnelle. Le propre de la prohibition réelle est d'être cantonnée sur un territoire ; mais l'individu domicilié en ce lieu peut accomplir, hors de ce pays, dans les régions voisines, ces mêmes actes, si une nouvelle règle d'ordre public n'y règne pas ; or, pour voir ici une prohibition réelle, il aurait fallu permettre à la femme normande d'engager

(1) Voir dans Frolland, *L'énumération et l'espèce de ces arrêts*, p. 200 et suivantes.

valablement ses immeubles sis à Paris; comme on le lui défendait, c'est que la nature de cette règle d'ordre public était personnelle. Les auteurs avaient raison de voir une prohibition en Normandie; ils avaient tort de la dire réelle; mais ils ignoraient cette division tripartite que l'on peut concevoir des règles des coutumes édictant une défense, et qui nous paraît être le moyen le plus simple de reconnaître leur étendue : les règles exclusives; par exemple, la communauté telle qu'on la connaissait à Paris, s'étendant en Normandie quand on la contractait à Paris, mais impossible à passer en cette province; les règles prohibitives d'ordre public, réelles : par exemple, la conception de la communauté telle qu'elle était reçue en Normandie, repoussant en cette province l'effet de la communauté contractée à Paris, mais permettant sa stipulation à Rouen même, dans la mesure où elle devait s'exercer hors de la province (1). Enfin, les règles prohibitives d'ordre public personnelles, par exemple en matière de velléien, qui défendent en leur coutume l'application des contrats passés ailleurs et qui refusent en tous lieux la validité des stipulations faites sur leur propre sol. Or, n'est-il pas évident, après cet exposé, que le caractère attribué jadis à la coutume normande était mal déterminé? et cependant nul ne s'est jamais soucié de le mettre en lumière.

Le Velléien étant de statut personnel, fallait-il se

(1) Conception que nous avons blâmée et réfutée, p. 87.

rallier à la loi de la passation du contrat ou du domicile des époux pour décider de la validité ou de la nullité de l'intercession ? En vertu des solutions déduites, il n'y a pas à hésiter à se prononcer en faveur de la loi du domicile matrimonial, et les arrêts l'admettaient catégoriquement (1). Ce domicile était acquis par la femme dès l'instant de la bénédiction nuptiale, et dès cet instant elle perdait une partie de sa capacité, si l'on suppose qu'une Parisienne épousait un Normand domicilié en sa province. Quant au changement de domicile au cours du mariage, influait-il sur la capacité de l'épouse ? Nous savons déjà que cette capacité variait en principe avec ces changements, sauf en ce qui touchait les droits acquis par la femme, à la perte desquels le mari aurait trouvé pour son compte un avantage. Le simple raisonnement montre que, en l'espèce, le seul cas où la femme perd un droit, c'est lorsqu'elle passe de Paris en Normandie ; dans le cas inverse, elle y gagne au contraire, en acquérant une faculté que jusqu'alors elle n'avait pas ; mais, même dans le cas où elle la perd, il est évident que le mari est encore celui qui en pâtit le plus, puisqu'il perd du même coup une source de crédit considérable, à savoir tous les biens de sa femme comme gage à donner à ses créanciers ; c'est pourquoi on décidait très logiquement que la mutation de domicile faisait varier la capacité de la femme sur ce point ;

(1) Frolland, *op. cit.*, p. 215.

à cette époque d'ailleurs — nous l'avons déjà remarqué et critiqué (1) — on ne pouvait en décider autrement. Le sort de chaque intercession dépendait donc du lieu où l'épouse était domiciliée lorsqu'elle avait passé ce contrat; il n'y a pas lieu d'objecter que la femme ne perdait pas sa qualité de commune en biens parce qu'elle venait en Normandie; car il s'agissait alors de droits acquis dès le mariage, ce qui constituait à cette époque une différence suffisante pour autoriser deux façons de voir opposées. Un arrêt du 8 août 1704 a d'ailleurs souverainement tranché la question, dans le sens de la modification (2). D'ailleurs, pour que cette capacité fût ainsi modifiée, il fallait un changement de domicile sérieux et véritable; une simple résidence à Paris, dans le seul but de tourner la coutume normande, n'aurait pas rendu valable l'intercession contractée en de telles conditions, puisque l'incapacité personnelle subsistait (3).

Ces questions de détail mises à part, il reste nettement établi que l'épouse domiciliée à Paris ne pouvait engager par intercessions les immeubles qu'elle possédait en Normandie; mais, toute femme mariée a, en même temps que ses immeubles propres, une action en reprise qu'elle exerce à la fin du mariage pour avoir

(1) Voir page 99.

(2) Frolland, *op. cit.*, p. 274, arrêt de Cardouville-Midorge, dans le même sens arrêt de Flavacourt du 6 septembre 1664.

(3) En ce sens arrêt du 8 août 1673 jugé à Rouen.

récompense de leur valeur dans le cas où ils ont été aliénés, et dont nous avons déjà parlé ; or, les actions en reprise, pouvait-elle les compromettre en cautionnant ? la femme domiciliée à Paris pouvait-elle engager les actions qu'elle avait sur des biens sis en Normandie ? A première vue, on ne voit pas comment, puisqu'il était défendu à la femme d'engager ses immeubles de cette province, on pouvait même songer à vouloir lui accorder cette faculté relativement aux garanties qu'on lui donnait précisément dans le but de sauvegarder sa fortune ; et pourtant la question s'est posée bien souvent en pratique et a reçu de la jurisprudence une solution opposée à celle admise précédemment. En ce qui concerne les immeubles, nous savons que les deux parlements jugeaient de pair ; en ce qui concerne les actions en reprise, ils se séparaient. A Paris on considérait que la coutume normande ne demeurerait pas prohibitive dans ce cas, car l'action en reprise, n'étant au fonds qu'une action en indemnité, était forcément mobilière, et par suite devait, comme les meubles, suivre la loi du domicile du créancier ; ce qui rendait l'intercession possible à la femme domiciliée à Paris sur ses actions en reprise en quelques lieux qu'elles aient à s'exercer (1). A Rouen, autre système ; on ne considérait que le but

(1) Frolland, *op. cit.*, p. 596, arrêts à Paris dans ce sens du 1^{er} avril 1688, 4 septembre 1688, 31 mai 1702, distinguant soigneusement cette hypothèse de celle où les immeubles même étaient en jeu.

de l'action qui était de sauvegarder un immeuble ; par suite, on lui prêtait un caractère immobilier, ce qui ramenait à une situation identique à celle vue précédemment, et permettait d'appliquer toujours la prohibition normande ; on arrivait ainsi à un résultat absolument opposé à celui de Paris (1). Quant au point de savoir si, réciproquement, la femme domiciliée en Normandie pouvait engager ses actions en reprise sur des biens sis à Paris quand les biens étaient en Normandie, on arrive toujours à un résultat négatif, soit que l'on dise l'action mobilière, car alors la loi du domicile l'interdit, soit qu'on la prétende immobilière, car l'immeuble vendu ayant été en Normandie, le résultat est le même (2). Il n'y avait donc vraiment d'intérêt que pour la femme domiciliée à Paris ; si enclins que nous soyons à admettre la personnalité de tout ce qui a trait aux régimes matrimoniaux, nous ne pouvons nous empêcher de blâmer la solution donnée à Paris ; c'était véritablement trop jouer sur les mots que d'appuyer une telle solution sur de tels motifs ; si les juges avaient méconnu dans tous les cas la prohibition normande, nous aurions pleinement approuvé leur façon de voir ; mais étant donné que nous l'avons admise, nous nous séparons d'eux sur ce dernier point, et il nous semble que, en bon sens, la femme n'aurait pas dû pouvoir engager son action

(1) Frolland, *op. cit.*, p. 647, dans ce sens arrêt à Rouen du 20 août 1696, affaire de Saint-Germain.

(2) Frolland, *op. cit.*, p. 299-300.

qu'elle exercerait sur des biens de Normandie, la prohibition de la coutume à l'égard des intercessions ayant autant de raison pour être en vigueur dans ce cas ; car la capacité qu'on lui reconnaissait à Paris d'engager ses immeubles ou ses actions, se heurtait, dans les deux cas, au même obstacle ; ce qui n'équivaut pas d'ailleurs à l'adoption du système suivi à Rouen, puisque l'on y tenait compte que de la situation du bien vendu, et non pas de celui sur lequel la femme exercerait son droit et son action ; nous la considérons toujours comme mobilière, mais entravée dans son exercice. Il ressort donc de l'étude de ces différentes questions, que les biens de la femme étaient beaucoup plus protégés en Normandie qu'à Paris ; l'action subsidiaire donnée contre l'acquéreur en cas d'insolvabilité du mari, l'impossibilité par la femme de cautionner son mari ou des tiers étaient autant de garanties excellentes pour elle que Paris ne connaissait pas. Mais dire l'action subsidiaire et le Velléen réels, c'était lui refuser l'étendue normale de protection à laquelle elle avait droit de par le régime auquel elle était soumise ; c'était sacrifier les intérêts de l'épouse à l'amour-propre de dire toutes coutumes sont réelles ; juridiquement, c'était opérer sans motif une scission entre le statut du régime même et celui de ses accessoires ; ce sont des considérations qui auraient dû enlever toute hésitation aux auteurs, et c'est malheureusement ce qu'ils n'ont fait que trop rarement au ^{xvii}^e siècle.

Ajoutons pour terminer qu'à ces différences de protection des propres, se joignait une différence dans la façon dont le mari en avait la jouissance (1). En Normandie, les fruits des biens dotaux lui étaient acquis non par perception, mais jour par jour ; au contraire, à Paris, c'est par perception qu'il les faisait siens — en ce qui touche du moins les fruits naturels (2). D'ailleurs il n'y a guère de difficulté à résoudre le conflit qui pouvait naître de ces dispositions opposées ; quoique le bien immobilier fût situé à Rouen, l'époux demeurant à Paris en gagnait les fruits, non pas jour par jour, mais par la perception. La jouissance des biens fait trop intimement partie de l'essence du régime matrimonial adopté pour douter un seul instant qu'on lui applique les règles de la personnalité. C'est une conséquence qui s'impose comme conclusion de tout ce qui vient d'être dit.

(1) Basnage, t. II, p. 64.

(2) Comparer de nos jours les articles 1401 et 1571.

TROISIÈME PARTIE

Des libéralités entre époux.

Pour éclairer les conflits relatifs aux libéralités entre époux, soit par contrat de mariage, soit durant icelui, soit par testament, il nous a paru nécessaire d'y joindre quelques pages sur les donations considérées dans leur ensemble, et dans leurs principes. Les avantages entre conjoints n'étant en somme qu'une partie de la théorie générale des donations et des legs, la connaissance des diverses opinions émises sur leur statut rendra plus facile à déterminer celui qu'il est bon d'adopter en notre matière, en établissant soit des rapprochements, soit des différences. C'est par là donc que nous allons commencer.

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS SUR LES DONATIONS ET LEGS

Nous avons déjà eu l'occasion d'observer, au début du chapitre relatif au régime matrimonial, qu'il y avait lieu de distinguer dans tout contrat, quant à la loi le régissant, la forme de l'acte, la capacité des parties et l'exécution de la convention. Nous avons conclu qu'en cette matière, il y avait lieu de faire régir l'objet du contrat, c'est-à-dire le partage des biens, les garanties des propres, en un mot les droits pécuniaires des époux, par la loi du domicile matrimonial : nous avons soumis le régime, avec toutes ses conséquences, au statut personnel, car il visait *primario et per se* la condition de la personne. Y a-t-il lieu de faire ici aussi cette triple distinction, et, celle-ci une fois faite, de faire régir par une seule et même loi, par le seul statut personnel, la capacité des parties et les biens compris dans la disposition ? Suivant quelle loi faudra-t-il régler le montant de la part à prendre sur l'immeuble légué, s'il n'est pas disponible dans sa totalité, eu égard aux droits des héritiers ?

Il est incontestable que les auteurs ont soin de distinguer, dans toute donation, les formalités de la convention, assujetties, comme en matière matrimoniale, à la règle *locus regit actum* (1), et la capacité du donateur, c'est-à-dire la question de savoir s'il peut ou non donner ses biens à cause de son âge, par exemple, à la loi de son domicile, tout ceci étant également vrai pour les legs ; de sorte que, étant capable d'après la loi de son domicile, peu importe que la loi de la situation des biens qu'il donne ait d'autres dispositions ; il sera réputé capable partout ; mais quelle part de ses biens pourra-t-il donner ? il est en effet fort possible que la réserve des héritiers soit fixée différemment suivant les coutumes où sont situés les biens, et par suite le disponible sera variable ; faut-il alors suivre la loi de son domicile ? on était d'accord, au contraire, pour se baser sur celle de la situation ; si bien que, capable par la loi de son domicile, la quotité disponible s'évaluera dans chaque province d'après un taux particulier. On ne peut appliquer ici, disaient même les partisans de la personnalité en matière matrimoniale, les mêmes arguments en faveur du statut personnel, et c'était l'opinion unanimement accréditée. Ils voyaient dans les questions de disponibilité et de réserve héréditaire des dépendances du statut réel prohibitif, plus fortes que le statut personnel

(1) Frolland, *op. cit.*, p. 1209, et chapitre xviii. Ricard, *Traité du don mutuel*, chap. vii, p. 75.

et la convention des parties, l'ordre public étant à leurs yeux en jeu en cette matière, solution admise autrefois et aujourd'hui encore par la jurisprudence. Est-il bien exact de dire que la réserve en faveur des héritiers intéresse l'ordre public ? Il est permis d'en douter, car c'est surtout l'intérêt des héritiers qui tient le premier rôle (1). Mais n'ayant pas ici à faire la critique de ce que l'on estime le vrai ou le faux à propos des libéralités en général, tout au plus un exposé des théories anciennes sur ces points, nous serons censés partager l'opinion de la réalité de ce statut, quand bien même nous ne l'approuverions pas entièrement en elle-même. Aussi, comme on voyait là surtout une question de transmission de biens, on la rattachait au statut réel, et non plus, avec la quote-part accordée aux époux à la dissolution de leur union, au statut personnel de leur domicile. Lorsqu'il s'agissait de dons faits à un tiers, tous soumettaient la substance et l'effet de la libéralité, son contenu et la mesure dans laquelle on le validait, à la coutume du lieu où était assis l'immeuble (2). La loi du domicile du disposant ne réapparaissait qu'en ce qui concernait les meubles, conformément aux règles ordinaires. La conséquence pratique de ces principes était donc qu'un Parisien ne pouvait donner de ses immeubles de

(1) Weiss, *op. cit.*, et Manuel, p. 587.

(2) Froiland, *op. cit.*, *Mémoires sur le Vellédien*, p. 189, et *Mémoires sur les statuts*, chap. xviii. Ricard, *op. cit.*, p. 76. Henrys, *op. cit.*, t. II, livre IV, chap. vi.

Normandie, que la quotité fixée par cette dernière coutume, et réciproquement. Aux termes de notre coutume, les majeurs de 25 ans pouvaient disposer par donation ou entre vifs — article 272 — de tous leurs meubles et immeubles propres et conquêts, sauf réduction bien entendu en cas de lésion des héritiers ; par testament on pouvait léguer tous ses meubles et conquêts, et le quint des propres — article 292. En Normandie, toute personne âgée de 20 ans pouvait donner à qui bon lui semble le tiers de ses immeubles propres ou conquêts — article 431 — et, par testament, léguer soit le tiers de ses meubles, soit la totalité, selon qu'il avait ou non des enfants — articles 418 et 414 — le tiers de ses conquêts, article 422 — mais aucune part de ses propres — article 427. Ces dispositions, quant à la quotité réglée par la coutume, étaient donc de statut réel ; en était-il de même de certaines règles de la Normandie, d'après lesquelles il fallait survivre quarante jours à sa donation et trois mois aux dispositions testamentaires pour qu'elles eussent effet ? Le tout est de savoir s'il s'agit là d'une question de capacité ou de disponibilité. Il existe sur ce point un arrêt du 30 mai 1625 (1), rendu à Paris, d'après lequel on assimilait ce problème à la capacité du donateur, de sorte que, même étant mort dans les quarante jours du délai, le don de biens sis en Normandie aurait été valable, si le donateur était domicilié

(1) Ricard, *op. cit.*, p. 76. Voir aussi Merlin, au mot : don, p. 110.

à Paris ; il est pourtant certain que le parlement de Rouen voyait dans cette disposition de la coutume normande un caractère réel d'ordre public, ce qui conduit à dire que, dans le cas de l'arrêt ci-dessus, le procès, jugé à Rouen, aurait été rendu en un autre sens ; et aussi que, domicilié en Normandie et mort avant les délais légaux, le donateur faisait cependant une donation valable en ce qui concernait les biens sis à Paris, d'après la façon de voir du parlement normand.

Ces principes sont fort exacts si l'on suppose que le donateur est un individu quelconque, et en admettant pour juste la théorie en vigueur au XVIII^e siècle ; mais est-il également vrai qu'une femme mariée, autorisée bien entendu, puisse disposer de ses biens propres ou dotaux, même dans cette mesure, vis-à-vis des tiers (1) ? A Paris, elle pouvait donner à qui elle voulait la même part de ses biens propres que toute personne (2) ; ces biens étaient en effet aliénables ; d'un autre côté, l'autorisation du mari permettait de lui enlever son droit de jouissance sur cette part de biens ; le don était donc valable ; mais en Normandie, *quid* ? l'inaliénabilité dotale telle qu'elle était conçue en pays de droit écrit, s'opposait à toute donation de la femme (3) ; mais la coutume normande ne connaissait pas, nous le savons,

(1) Comparer ci-dessous page 180.

(2) Ricard, *op. cit.*, t. I, p. 419.

(3) Merlin, au mot dot, p. 229.

cette véritable inaliénabilité ; toutefois, le système des protections dotales jouait-il le même rôle exactement et s'opposait-il à toute libéralité avec ces biens ? on n'a jamais émis de doute sur la possibilité pour la femme de donner sa part de conquêts (1). Quant à ses biens dotaux, les auteurs normands eux-mêmes témoignent de la plus grande incertitude, ce qui s'explique assez bien, vu les hésitations de la jurisprudence. Le 18 août 1666, le parlement de Rouen validait le don fait par une femme du tiers de ses propres ; à côté de cela il y a deux arrêts cassant des libéralités identiques ; ceux-ci, qui, à notre avis, répondent mieux à la direction générale de la coutume, les annulaient pour un double motif ; tout d'abord qu'il n'y a pas à tirer argument de ce qui se passe dans les coutumes voisines — motif de l'arrêt de 1666 — et ensuite, que le bien dotal des femmes n'étant, en Normandie, aliénable qu'à charge de remploi, la transmission du bien est impossible, la condition qu'on y met n'étant pas réalisée. La femme normande ne pouvant donner ses biens de Normandie — soit pour les motifs de l'arrêt, soit pour tout autre — pourra-t-elle disposer de ceux sis à Paris ? quels seront les droits de la Parisienne sur ceux de Normandie ? La réponse, a-t-on dit, dépend du fait de savoir si cette impossibilité de donner provient d'une indisponibilité réelle du bien ou d'une incapacité de la femme ; au

(1) Basnage, t. II, p. 244-246.

premier cas, on appliquera le statut réel, et l'on répondra affirmativement à la première question, négativement à la seconde ; si on y voit une incapacité de la femme, les solutions inverses s'imposent, et c'est à cet avis que nous nous rangeons. Nous avons suffisamment démontré à propos du régime dotal qu'il n'y avait là en jeu aucune question d'indisponibilité réelle ; dès lors les mêmes règles se retrouveront ici ; d'ailleurs il n'y a pas exactement à considérer s'il s'agit d'un bien qualifié dotal ou propre ; la véritable question se ramène à savoir si la femme peut ou non donner ses biens, ce qui est un problème de capacité pure ; le régime s'appliquant aux biens n'est qu'un des côtés du sujet. A Paris, la femme est capable de donner, si autorisée ; en Normandie, elle ne l'est pas, afin de ne pas se ruiner inconsidérément ; donc, capable ou non, c'est la loi de son domicile qui décidera de sa condition ; c'est le statut personnel. Mais, est-ce la loi du domicile matrimonial qui fixera toujours sa capacité à cet égard ? ou bien le changement de domicile influera-t-il ? Il nous semble que, conformément aux principes généraux, ce changement aura un effet (1), car, nous venons de le faire remarquer, il s'agit en l'espèce d'une question de capacité plus que d'une conséquence du régime matrimonial ; incapable de donner en Normandie, elle deviendra capable dès que son domicile sera à Paris ; mais

(1) Lebrun, *op. cit.*, chap. II, p. 20.

encore faut-il s'entendre ; devenue capable, sans doute, mais sous réserve de l'application du statut réel réglant la question de quotité ; tant que la femme était en Normandie, elle était incapable, de sorte que la difficulté ne se présentait pas ; venant à Paris, elle retombe dans le droit commun parisien, et comme toute personne, pourra donner en se conformant au statut de quotité. Et cette solution, rigoureusement basée sur les principes jadis en vigueur, est cependant fort critiquable, car la femme venant à Paris, qui va garder toutes ses protections dotales pour les aliénations à titre onéreux, va pouvoir, subitement, aliéner gratuitement comme il lui plaira ; juridiquement, cette différence était incontestable, résultant de l'opposition des théories admises en matière matrimoniale et de capacité simple ; mais pratiquement il y avait là une inconséquence qui, d'ailleurs, a été heureusement corrigée de nos jours (1).

Sachant, en résumé, que la capacité varie avec la loi du domicile, on peut se demander à quel moment il faudra se placer pour décider de la coutume à suivre ; lorsqu'il s'agit de meubles, notamment, la quotité disponible suivant la loi du domicile, que va-t-on faire ? En matière de dons, on suivra la loi du domicile du donateur à l'instant où le don a commencé à avoir son effet, au jour du contrat si la libéralité est entre vifs, au jour du décès si elle est testamentaire (2). Quant à la

(1) Voir ce que nous avons dit sur ce point page 99.

(2) Ricard, *op. cit.*, p. 84.

capacité, on l'appréciera au jour du contrat ; s'il est entre vifs, d'après la loi du domicile à cette époque, conformément aux règles ci-dessus énoncées ; s'il s'agit d'un testament, sa capacité générale de disposer s'envisagera au jour de la confection du testament, sans avoir égard aux modifications qui résulteraient d'un changement de domicile ; elles ne s'appliqueraient qu'au cas de confection d'un nouveau testament.

Ces règles étant connues, elles vont constituer pour nous une base de comparaison, un point de repère, sur lequel nous nous guiderons pour l'étude des avantages entre époux. Les diverses théories émises en cette matière apparaîtront plus claires, maintenant que nous avons vu la doctrine qui était admise dans le cas le plus général, dont la question des avantages entre époux ne constitue à vrai dire qu'une exception vis-à-vis de la règle.

CHAPITRE II

DES AVANTAGES ENTRE ÉPOUX

Les avantages que les époux peuvent se faire sont de deux sortes ; les uns unilatéraux, les autres réciproques ; dans le premier cas, un des époux fait don à son

conjoint d'une certaine masse de biens; dans le deuxième, le second époux fait à son tour une donation à son conjoint qui vient de lui en faire une lui-même. Tous les auteurs ont eu soin de séparer ces deux hypothèses; aussi, pour ne pas rompre avec la tradition, nous ferons de même, ce qui a l'inconvénient, d'un côté, d'allonger les développements, mais ce qui, de l'autre, a l'avantage de les rendre plus clairs et moins touffus. Nous désignerons la première catégorie sous le nom général d'avantages unilatéraux entre époux, la deuxième sous celui de don mutuel.

SECTION I

Des avantages unilatéraux entre conjoints.

Avant de voir dans quelle mesure chacune des deux provinces permettait ces dons, il est nécessaire de connaître l'opinion qu'il faut adopter quant au statut auquel ils sont soumis; une doctrine choisie, il sera temps alors d'en faire les applications pratiques aux conflits résultant des dispositions différentes des lois. Faut-il appliquer aux avantages entre époux les règles suivies pour les dons en général? Faut-il décider que la capacité de l'époux de donner à son conjoint sera régie par la loi de son domicile, mais que, une fois reconnu et

déclaré capable, la quotité de biens dont il pourra disposer sera réglée différemment suivant la loi de la situation des biens, ne pouvant, dans certaines, rien donner si la coutume interdit tout don entre époux, pouvant, dans d'autres, donner plus que dans la propre coutume où il est domicilié ? en un mot, faut-il adopter intégralement les règles posées au chapitre précédent ?

L'opinion la plus répandue considérait que les libéralités entre époux, de même que celles faites aux tiers, tombaient sous le coup du statut réel, en ce sens que c'était la loi de situation des biens qui décidait de la possibilité de ces dons. En principe, disait-on, tout individu est capable de donner s'il satisfait aux conditions d'âge requises par la loi de son domicile ; quant à la façon dont cette faculté s'exercera, c'est affaire à chaque coutume intéressée (1). Cette doctrine, qui, bien entendu, n'a trait qu'aux immeubles, conduisait directement aux deux conséquences suivantes : tout individu qui fait don de ses biens à sa femme, ne peut comprendre dans ce don les biens sis en un pays interdisant les dons entre époux, puisqu'en ce pays la quotité est réduite à néant (2). De même tout individu domicilié en un pays qui prohibe les dons entre époux, peut donner à sa femme ses biens sis en un autre pays le

(1) Frolland, *op. cit.*, p. 847 et suivantes.

(2) D'Argentré, *op. cit.*, sur l'article 218, p. 683. De L'Hommeau, *op. cit.*, p. 263.

permettant, car, ce n'est pas la capacité de donner qui leur fait défaut, c'est la possibilité de l'exercer dans sa coutume qui lui manque, la quotité disponible y étant annihilée (1). Quant aux arguments employés pour défendre cette théorie, ce sont ceux que nous avons déjà vus à l'œuvre pour défendre la réalité : que toutes coutumes sont réelles (2), que les donations ne visant qu'à des transmissions d'immeubles sont forcément de statut réel (3), que l'incapacité de donner à son conjoint étant une incapacité spéciale dérogeant à la faculté générale que quiconque a de donner, doit être soumise à la réalité, car elle a été créée en considération des biens (4), qu'il n'y a pas à invoquer la force de la convention de donation pour triompher du statut réel fixant la quotité, car c'est une règle d'ordre public, vis-à-vis de qui toute coutume est prohibitive (5). On reconnaît là les principes chers à nombre d'auteurs, et ils appliquent sans grand discernement aux dons entre époux, tout ce qui a été dit à propos des dons faits à des tiers. Il reste à voir si leur opinion est bien solidement étayée et s'il n'y a pas lieu d'en préférer une autre. Il existait en effet une autre doctrine qui rattachait, dans leur totalité, les li-

(1) Merlin, *Questions de droit*, t. I, p. 225. Choppin, *Coutumes de Paris*, livre II, p. 213.

(2) Choppin, *op. cit.*, p. 120.

(3) Pothier, *op. cit.*, t. VII, p. 454. Boullenois, *op. cit.*, *Question 6*, p. 115 et suivantes. Lebrun, *op. cit.*, chap. II, p. 11.

(4) Merlin et Boullenois, *idem*.

(5) Charondas, *op. cit.*, livre XIII, réponse 86.

béralités entre époux, au statut personnel, qui critiquait cette assimilation des dons entre conjoints aux dons faits à des tiers et réfutait les arguments sur lesquels elle s'appuyait. Il n'y avait véritablement que deux arguments sérieux à détruire : la donation entre époux a, comme toute donation, disait-on, pour but la transmission des biens, et est donc de statut réel ; cette idée paraît à peu près irréfutable ; pourtant elle l'est. Il existe, nous le savons, deux sortes de lois relatives aux dons entre époux ; l'une les prohibant complètement, l'autre les autorisant dans une mesure moindre que vis-à-vis des tiers, et nous avons remarqué aussi les conséquences de l'application du statut réel à ces deux catégories de lois ; mais, à la vérité, lorsqu'une coutume défend de faire un acte, interdit à l'époux de faire une donation à son conjoint, il n'y a pas vraiment de question de transmission d'immeubles en jeu ; pour pouvoir le transmettre, il faudrait auparavant qu'il fût capable ; or, il ne l'est pas, puisqu'on lui interdit tout transfert non seulement d'immeubles, mais encore de meubles, qui suivent toujours la loi de la capacité et du statut personnel ; puisqu'il ne peut transmettre de meubles, c'est qu'il est incapable ; comment alors concevoir en même temps une capacité pour les immeubles et une incapacité vis-à-vis des meubles sans une disposition expresse de la loi ? aussi lorsqu'une coutume interdit complètement une donation à l'époux, celui-ci n'est pas capable de transmettre en principe une quotité

qui, en sa province, est égale à zéro, mais est bien véritablement incapable ; c'est donc du pur statut personnel : et voici une preuve à l'appui de notre théorie ; le seul, ou du moins le principal cas, dans lequel la loi édicte une prohibition générale de donner, s'appliquant à tout individu vis-à-vis de tout le monde, c'est lorsque l'âge fixé par la coutume lui fait défaut ; or, dans cette espèce, on reconnaît que par l'effet de cette prohibition, il est rendu incapable ; car on nous aurait objecté qu'il n'y avait aucune raison pour dire personnelle la prohibition des dons entre époux, si les prohibitions existantes dans les cas généraux, c'est-à-dire vis-à-vis de quiconque, étaient réelles ; mais, justement, ces dernières étant elles-mêmes personnelles, nous venons de le montrer, ce n'est qu'un argument de plus à l'appui ; d'ailleurs, qu'on le remarque, ce n'est pas dire que la donation, en général, ne soit pas de statut réel et ne vise pas une question de transmission ; nous ne parlons ici que de prohibition. Et cette conclusion à laquelle nous arrivons à ce sujet, confirme ce que nous disions à propos de la prohibition de communauté en Normandie, que la jurisprudence s'obstinait à dire de statut réel, tandis qu'il nous a paru qu'elle ne devait relever que du statut personnel, si même elle existait véritablement en matière matrimoniale, ce que nous avons mis en doute, car, de même qu'ici, ce n'est qu'une question d'incapacité.

Ayant donc admis la personnalité de la prohibition

des dons entre époux, il reste à envisager la seconde catégorie de lois, celle permettant les dons entre époux dans une mesure restreinte. Or, ici aussi, il nous semble bien que le statut personnel soit seul en jeu, de sorte qu'il régira et la capacité et la qualité disponible. Dans une donation ordinaire, que dit-on : l'individu a-t-il sa pleine capacité ? oui. Combien peut-il donner ? en principe, tout ce que permet la coutume où est assis le bien dont s'agit ; la pleine capacité se traduira donc par ce fait de donner intégralement tout ce que la coutume autorise. Dans une donation vis-à-vis de son conjoint, peut-on donner tout ce que la coutume permet vis-à-vis d'un étranger ? non. Donc la capacité n'est pas totale ; il n'y a vraiment ni capacité, ni incapacité ; il n'y a qu'une demi-capacité, qui est de donner une quote-part de la quotité ordinaire, et réglée par la loi du domicile, qui est la seule en jeu en matière de capacité ; n'ayant qu'une capacité restreinte, il lui sera impossible de manifester en d'autres coutumes une pleine capacité et de donner à son épouse toute la quotité disponible en ces lieux, ce qui arriverait vis-à-vis d'un tiers dans le cas général ; sa capacité est restreinte justement au montant de la part fixée par la loi qui la régle. De sorte que, dans ce cas, capacité et disponible, sont réglés par une seule et même loi, le second dépendant de la première ; ce qui conduit à cette conclusion que s'il est peut-être fort exact de faire régir la quotité de biens dont on peut disposer par la loi de leur

situation lorsqu'on a une capacité pleine et entière, il est faux de le faire encore lorsque la capacité est nulle ou diminuée, car, dans ce cas, elle est restreinte aux termes de la coutume du domicile. S'il est logique que celui qui, en principe, peut tout donner, donne la quotité maxima fixée par chaque pays, il est non moins logique que celui qui n'a qu'une demi-capacité, ne puisse donner qu'une part équivalente à celle-ci, qui est déterminée par la loi régissant la capacité, et dont le montant sera invariable en tous lieux. Ce n'est toutefois pas à dire que l'époux pourra donner cette part, en quelques lieux que soient les biens ; car il ne faut pas oublier que le statut personnel cède devant le statut d'ordre public prohibant tous dons entre époux. De même que nous l'avons toujours vu, les auteurs baptisent cette prohibition du nom de statut réel ; il suffit de se reporter à ce que nous avons dit à ce propos (1) pour constater la fausseté de cette conception, une fois de plus ; la prohibition d'ordre public à laquelle on se heurtera, et qui est celle dont nous avons parlé récemment avant la catégorie de lois dont nous traitons, est purement personnelle, puisqu'à notre avis elle s'étend en tous lieux, comme créant une incapacité.

Ceci étant, il ressort que les libéralités entre époux relèvent d'une incapacité spéciale, partielle et même parfois totale, vis-à-vis de la capacité générale de dis-

(1) Voir page 186.

poser qu'à tout individu ayant acquis un âge déterminé ; ici apparaît l'autre argument de l'opinion adverse : toute incapacité spéciale est réelle, car elle n'existe qu'en considération des biens ; ce à quoi nous répondons que, aussi clairement ici que bien souvent ailleurs, la fausseté de cette objection est manifeste ; la véritable raison de cette incapacité a été signalée dès le *xvii^e* siècle ; pour les auteurs que nous combattons, la cause de cette incapacité spéciale était dans le désir de la conservation des biens dans les familles, et par suite réelle, sa seule base résidant dans les théories relatives à la propriété. Opinion absolument fausse, car le désir de maintenir la concorde entre les époux, d'empêcher des entraînements entre eux qui auraient été dangereux, les dons étant jadis irrévocables, sont les seuls motifs de cette incapacité (1). « La coutume permettant les donations en général et les interdisant à l'égard de certaines personnes, cette restriction est un statut personnel qui a pour fondement une raison civile et politique qui considère seulement la personne et non la chose à l'égard de laquelle la loi a disposé par une disposition générale permettant la donation des choses qui sont sous sa puissance ; de sorte que si elle l'a interdit aux conjoints en particulier, il résulte de cette prohibition une simple incapacité personnelle qui ne prend nullement son origine dans la chose, puisque de soi elle est capable d'être

(1) Ricard, *op. cit.*, p. 83. Prévôt de la Jannès, *op. cit.*, p. 79. En sens contraire, Merlin, *op. cit.*, au mot testament.

comprise dans la donation, mais simplement dans la considération de la personne qui doit par conséquent être régie par la coutume qui a empire sur elle (1). » C'est ainsi que pour un double motif, à savoir : 1° la prohibition ou l'autorisation partielle des dons entre époux est une question de capacité ; 2° cette capacité spéciale est occasionnée par des raisons personnelles, nous estimons cette opinion la meilleure ; il suffit d'ailleurs de remarquer la faiblesse de l'argument tiré de la conservation des biens dans les familles, car, si ce motif avait été vrai, il aurait fallu défendre les donations vis-à-vis de quiconque, et il n'y a pas moyen de s'expliquer pourquoi le conjoint aurait été plus maltraité.

Les biens que l'époux peut donner à son conjoint sont de deux sortes ; soit des propres, soit des conquêts s'il est marié sous le régime de communauté. La théorie de la personnalité que nous avons admise conduit à confondre ces deux sortes de biens, car les mêmes raisons plaident en sa faveur pour les uns et les autres. Cependant, avant que l'on ait été jusqu'à établir net-

(1) Ricard, *op. cit.*, t. II, n° 325. Voir aussi dans ce sens la thèse de M. Calixte. *Des dons entre époux en droit international privé*, p. 62. « La prohibition ne regardant que les conjoints semble n'avoir été faite que par rapport à leur état et pour les maintenir dans la paix et tranquillité que demande leur qualité de conjoints, prévenir les fraudes, l'obsession et la persécution ; c'est la pensée de sauvegarder la dignité du mariage, raison toute personnelle qui décide en conséquence pour la personnalité du statut.

tement cette doctrine, des auteurs avaient déjà esquissé un système mi-réel, mi-personnel, qui se basait justement sur une distinction de ces deux séries de biens. En ce qui concernait les propres, le statut réel était de règle, disait-on, et le mari pourra donner à sa femme conformément aux règles ordinaires (1) ; mais « autre chose est si le don était de meubles et conquêts, dont les conjoints se peuvent faire don suivant la coutume du lieu où ils ont contracté mariage, encore que la coutume où sont les dits conquêts y soit répugnante ; car les dits biens sont plutôt personnels que réels, retenant les dits conquêts plus de la nature de meubles que d'immeubles, étant faits des deniers communs entre mari et femme ». Le motif allégué pour rendre personnel le don des conquêts, est évidemment le fruit d'une idée nouvelle, mais, à notre avis, peu exacte. Puisque l'on considérait à cette époque que tout don fait à l'un des époux était un conquêt, voilà un cas déjà où le motif ne se justifie plus. La vraie raison pour justifier la personnalité, nous l'avons énoncée, et elle s'applique aussi bien aux propres qu'aux conquêts ; il n'y a pas lieu de distinguer. Cependant il est probable que cette théorie eut un certain écho en son temps, puisqu'il y a des arrêts qui l'ont appliqué et firent cette scission dans les biens donnés, en soumet-

(1) De L'Hommeau, *op. cit.*, p. 180.

tant chaque masse à un statut différent (1). D'ailleurs, ce rapport entre le don des conquêts et la communauté, qui n'est pas toujours exact dans le sens qu'on lui prêtait, contient cependant une assez grande part de vérité et peut être invoqué pour détruire des objections faites à notre doctrine. On a prétendu que, contrairement à notre façon de voir, il y avait des prohibitions de dons entre époux qui étaient forcément de statut réel. L'article 279 de la coutume de Paris défendait aux femmes de donner à leur second mari aucune part des conquêts provenant de leur premier mariage ; cette prohibition, a-t-on dit, est de statut réel, puisqu'elle ne vise qu'une série de biens : les conquêts, à raison de qui existe cette incapacité (2) ; cette règle n'étant pas en vigueur en Normandie, on en concluait que les conquêts sis à Paris seuls y étaient soumis, et que par suite la femme pouvait donner à son mari ceux de Normandie. A notre avis, il n'y a pas non plus ici une question de conservation de biens, à titre d'objet immédiat et direct du statut ; au contraire, il consiste en une défense visant, *primario et per se*, la capacité de la femme, lui interdisant d'en disposer, ce qui n'est que l'effet secondaire de son incapacité ; et le vrai motif de cette restriction n'est pas la conservation des con-

(1) Dans ce sens, arrêt dans l'affaire de Larchant du 12 mai 1595, voir Frolland, *op. cit.*, chap. II, p. 235 et suivantes.

(2) Merlin, *op. cit.*, t. II, p. 486, voir aussi thèse de M. Pallamary, p. 119.

quêts, puisqu'elle peut les aliéner, mais bien la protection des enfants du premier lit contre les donations que la femme pourrait en faire ; et, en modifiant à notre profit l'argument que nous écartions il y a un instant, on peut dire aussi que cette défense n'est peut-être pas très éloignée d'être un accessoire du régime matrimonial de communauté, s'étendant, comme lui, aux conquêts, sis en tous lieux ; ne reprendrait-on d'ailleurs que la raison d'éviter toute discussion entre les époux, il est impossible, à notre avis, de permettre à la femme de disposer de ses conquêts sis en Normandie, parce que la coutume de Paris a créé en elle une incapacité ; et, réciproquement, la femme normande devrait pouvoir disposer à son gré des conquêts sis à Paris, sauf peut-être l'obstacle de l'ordre public de cette coutume, ce qui, finalement, nous ramène à l'hypothèse prévue par nous il y a quelques instants, des prohibitions d'ordre public personnelles.

Il ne faudrait pas croire que notre doctrine relative à la personnalité du statut des dons entre époux, soit une exception unique aux règles générales. Tout ce que nous avons dit à ce sujet, trouve encore l'occasion de s'appliquer dans toutes les hypothèses où les coutumes formulaient des solutions spéciales déroгатives au principe de liberté de disposition. La prohibition édictée par l'article 276 de notre coutume, défendant aux mineurs ou à ceux en puissance d'autrui de rien donner à leurs tuteurs ou « pédagogues », était également

basée sur une incapacité des parties, toute personnelle ; il en était de même de l'interdiction de rien donner à ses enfants naturels. Ce qui permet de poser, en fin de compte, ce principe que les donations n'étaient réelles qu'à la condition d'être à tous points de vue régies par les règles les plus générales ; dès qu'une disposition limitait sur un point quelconque la capacité totale et entière, au sens théorique et abstrait, de donner tout son bien, empêchant de donner la quotité disponible vis-à-vis de tout étranger, c'est le statut personnel qu'il faut suivre.

Puisque l'on suit la loi du domicile des époux, le changement de ce domicile influera-t-il sur leur capacité de se faire des dons ? Nous avons vu à propos de la capacité reconnue ou déniée à la femme de donner ses propres de Paris ou de Normandie, que l'on penchait pour l'affirmative. Faut-il dire aussi que si deux époux sont domiciliés en une coutume prohibant les dons entre époux, leur changement de domicile en pays le permettant, leur fera acquérir soudain la capacité de s'avantager ? C'est une solution, à notre avis, que l'on ne pouvait guère mettre en doute, la capacité étant en jeu (1) ; toutefois, cette solution n'était admise autrefois que de ceux qui partageaient notre opinion, car, lorsqu'on voyait dans les dons, même entre époux, des conséquences du statut réel, le changement qui influait

(1) Lebrun, *op. cit.*, chap. II, p. 20.

sur la disposition des meubles, était sans importance vis-à-vis des immeubles qui suivaient la loi de leur situation (1). Quant au temps où il fallait se placer pour juger de la validité de la donation, la question ne se posait pas pour le don présent dont l'effet était immédiat ; mais *quid* des avantages testamentaires ? Nous avons vu que lorsqu'il s'agissait du droit général de tester, on ne considérait la capacité qu'au moment de la confection du testament ; mais s'il s'agit de la capacité du testateur à l'égard de dispositions particulières, il faut aussi considérer sa capacité au moment où il est mort, car il faut l'appécier, suivant la loi de son dernier domicile, au moment de l'ouverture du testament et de l'échéance des dispositions (2) ; et dans le cas où cette incapacité spéciale visait le testateur en même temps que le légataire — par exemple pour les dons entre conjoints et pour toutes les incapacités relatives de donner — il faut considérer deux époques distinctes et voir la coutume en vigueur lors de la confection du testament, car une incapacité étant en sa personne le jour où il l'a fait, il demeure non écrit ; de même que celle en vigueur à son dernier domicile pour juger de l'effet de sa disposition comme au cas précédent. Il y a donc des différences notables avec les règles concernant les donations faites à des tiers, et aussi avec cette remarque

(1) Renusson, *op. cit.*, chap. iv, n^{os} 6 et 14.

(2) Ricard, *op. cit.*, p. 84.

que les règles suivies ici s'appliquent tant aux meubles qu'aux immeubles, le statut personnel étant en jeu, tandis que dans le cas général, il ne s'agissait que des meubles, l'opinion dominante soumettant les immeubles au statut réel (1).

Ces règles connues, il reste à voir dans quelle mesure les coutumes de Paris et de Normandie permettaient les dons entre époux. Les dons entre époux peuvent être classés en trois catégories : dons par contrat de mariage — que provisoirement nous laisserons de côté — dons de biens présents durant le mariage, dons de biens à venir ou testamentaires, dont l'exécution n'a lieu qu'au décès du donateur. Les époux pouvaient-ils se faire des dons durant le mariage ou par testament ? Quand on porte une appréciation générale sur ces deux coutumes, on dit souvent qu'à Paris tout don était interdit, sauf le don mutuel, et qu'en Normandie, tous sans exception, étaient prohibés ; cette appréciation, en réalité, n'est vraie que partiellement. Il est exact qu'à Paris l'article 282 ne permettait que la donation mutuelle dont nous parlerons plus tard ; en Normandie, la femme en était absolument incapable ; toutefois, l'article 429 permettait au mari de laisser à sa femme une libéralité composée de meubles jusqu'à la valeur de la moitié de ses immeubles au jour de son décès. Quant aux conflits résultant de ces dispositions, par exemple de l'arti-

(1) Comparer page 201.

de 429, ils se réglaient, ou, du moins, auraient dû se régler conformément aux principes exposés; le Normand qui pouvait disposer de la totalité de ses meubles vis-à-vis des tiers, ne pouvant donner à sa femme qu'une part moindre, n'avait, en l'espèce, qu'une capacité réduite, qui, nous l'avons vu, devait être de statut personnel, d'autant plus que, s'agissant de meubles, c'était bien la loi de son domicile qu'il fallait envisager; si donc il avait été domicilié en Normandie, lors de la confection de son testament et de son décès, ce don était pleinement valable en tous lieux, à condition de respecter l'ordre public, et il est fort possible que la coutume de Paris ait eu, à ce point de vue, ce caractère. Ainsi, nous trouvons ici l'application des règles posées, concernant les deux catégories d'hypothèses visées: loi prohibant les dons entre époux, loi les autorisant partiellement; étant donné les dispositions des deux coutumes, il est facile de voir qu'elles pouvaient se réaliser.

Nous n'avons examiné jusqu'ici que les dons faits entre époux; mais que dire de ceux faits par contrat de mariage entre futurs époux? Ces mêmes règles s'y appliquent-elles? A Paris, il était possible de donner à son futur conjoint tout ce que l'on aurait donné à un étranger. En Normandie, le mari, depuis le règlement de 1666, article 73, ne pouvait donner à sa femme aucun immeuble, mais seulement des meubles, dans une part égale à celle vue dans les dispositions testamentaires,

selon les uns, la totalité, selon les autres (1). La femme, de son côté, pouvait donner à son mari un tiers de ses immeubles, et la totalité de ses meubles — article 74 placités — ce qui était la quotité disponible au profit de quiconque. Dès lors faut-il adopter la théorie générale des donations, et distinguer la capacité de la quotité disponible, celle-ci de statut réel, ou faire régir le tout par la loi du domicile ? A notre avis, il n'y a pas de réponse unique à faire, et une distinction s'impose. Si nous avons appliqué des règles spéciales, c'est uniquement dans le cas où il y avait incapacité totale ou capacité restreinte ; c'est, nous l'avons dit, parce que, dans ce cas, la capacité de disposer étant réduite à la faculté de donner une part inférieure à celle de droit commun, il était forcé que cette demi-capacité régisse partout le donateur, sauf prohibition absolue ; or, ici, dans quelle situation sommes-nous ? nous nous trouvons en présence d'une incapacité spéciale lorsqu'il s'agit du don du mari normand à sa future femme ; lorsqu'il s'agit de la femme normande ou de futurs époux parisiens, ils peuvent, par contrat, disposer de tout ce qu'ils pourraient donner à un étranger ; de sorte que nous estimons que, dans le premier cas, il y aura lieu de suivre le statut personnel, dans le second, le statut réel, toujours, nous le répétons, sauf obstacle de l'ordre public. Il ne faut pas croire en effet, et nous l'avons vu, que la

(1) Colin, *op. cit.*, page 442.

personne de l'époux soit la seule qui puisse motiver des incapacités spéciales ; l'état de futur époux peut aussi, dans certaines coutumes, engendrer une incapacité et être sans importance dans d'autres. Et c'est pourquoi nous proposons l'application de ce critérium entre les deux coutumes de Paris et de Normandie, basant nos solutions sur l'étendue de la capacité du disposant selon les cas. Il s'ensuit que dans les coutumes où l'on pouvait donner à son conjoint de même qu'à un tiers — par exemple, par testament, dans les coutumes de Dreux, Chartres et Ponthieu — il n'y avait pas à appliquer les règles énoncées ci-dessus, mais que l'on en revenait bien aux dispositions générales ; si à Paris et en Normandie, il y a lieu d'appliquer, en matière de libéralités entre époux, le statut personnel, c'est parce que la capacité de disposer est toujours inférieure à celle de droit commun ; mais lorsque les deux capacités deviennent égales, quel motif pourrait-on invoquer pour rendre de statut personnel la libéralité faite au conjoint ? puisqu'on le traite à tous points de vue comme un étranger, il faut compléter l'assimilation ; ou bien décider que, dans tous les cas, les donations sont de statut personnel, et que la même loi régira la capacité et le disponible. Nous avons déjà dit deux mots de cette théorie (1) sans prendre catégoriquement parti pour l'une ou pour l'autre ; mais la théorie adoptée en matière de libéra-

(1) Voir page 196.

lités entre époux prouve implicitement que nous avons admise celle de la personnalité.

Il y a, en effet, deux façons de comprendre l'extension en tous lieux de la demi-capacité de l'époux. Prenons un exemple théorique. Soit un mari ayant pour 100.000 francs d'immeubles dans deux provinces ; dans la première, où il demeure, le disponible du droit commun est du quart, soit 25.000 francs ; dans la deuxième, il est de moitié, soit 50.000 francs ; vis-à-vis de son conjoint, le disponible est de moitié du disponible ordinaire dans sa province ; dès lors, si l'on admet son extension au sens strict du mot personnel, tel que nous l'avons admis (1), il pourra lui donner 12.500 francs d'immeubles dans chaque province ; si, au contraire, on ne voit dans la personnalité qu'une façon d'étendre sa demi-capacité, uniquement pour l'empêcher de donner, dans d'autres provinces, la totalité du disponible, mais en appliquant le système du statut réel à la façon de compter le disponible, dans notre exemple, il lui donnera 12.500 francs dans sa province, mais dans l'autre, 25.000 francs, c'est-à-dire la moitié du disponible cependant, mais calculé d'après une règle de proportionnalité et non plus de quotité fixe. La première façon de voir est celle admise aujourd'hui où l'on décide en général (2) que le calcul du disponible se fait

(1) Voir pages 208-209.

(2) Weiss, *op. cit.*, *Manuel*, p. 586.

d'après la loi du défunt ; la seconde était conforme à la théorie adoptée jadis où le disponible se calculait dans chaque province différemment grâce au statut réel. Chacune de ces façons de comprendre l'exemple sus indiqué, correspond à une conception différente de la théorie générale des donations. Puisque nous avons adopté, sous l'influence des théories modernes, la première façon de voir, la logique veut que nous rattachions les donations dans leur ensemble au statut personnel, à la loi du disposant, faisant régir et la capacité, et la quotité, par elle. Faut-il dire que Ricard n'a pas vu la contradiction qu'il y avait à soumettre les donations en général au statut réel, et à assujettir les dons entre époux à la personnalité telle qu'elle est conçue dans la première solution de notre exemple ? C'est encore admettre la personnalité que de l'interpréter de la seconde façon, mais c'est l'admettre moins pleinement, et tout en la laissant d'accord avec la conception générale du xvii^e siècle ; aussi croyons-nous que c'est de cette façon qu'il faut lire les pages de cet auteur (1), qui a eu le grand mérite de rejeter la doctrine jusqu'alors admise, en vertu de laquelle on ne suivait même pas la règle de la proportionnalité, mais on prétendait que le mari pouvait donner à sa femme tout le disponible permis dans d'autres provinces, alors cependant que celle où il demeurerait restreignait cette quotité dans l'étendue de son territoire.

(1) Ricard, *op. cit.*, p. 83, t. II.

SECTION II

Du don mutuel

Nous avons noté qu'à Paris, la seule libéralité permise entre époux le mariage durant était le don mutuel, qui était absolument interdit en Normandie. Par don mutuel, on entendait une donation réciproque et égale de l'usufruit de leur part de communauté que se faisaient les conjoints sans enfants, chacun d'eux devant avoir la jouissance de la part du prémourant jusqu'à son propre décès. Des conflits naissaient souvent entre Paris et les coutumes voisines qui ne le concevaient pas identiquement ; avec la Normandie, il était encore bien plus grave ; que valait, en effet, le don mutuel que se faisaient deux conjoints parisiens en y comprenant les biens de communauté sis à Rouen ? Deux époux, d'autre part, domiciliés en Normandie, pouvaient-ils se faire don mutuel des biens sis hors de la province ?

Il faut croire que ce débat avait une importance considérable au point de vue pratique, car il a passionné les juristes dès le xvi^e siècle, très probablement aussi parce que ce problème touchant de fort près aux questions relatives à l'étendue de la communauté, point vivement discuté. Comme toujours, dualité d'opinions ; comme toujours, les mêmes arguments sont jetés en

avant. Les uns soutiennent que ce don, comme tous les autres dons entre époux, comme tous les dons même, est réel en ce qui concerne son exécution; ils ne se sont d'ailleurs pas contenté de leur motifs ordinaires; partant de cette idée que la donation mutuelle n'est qu'une suite du régime matrimonial de communauté, puisqu'elle porte fatalement sur la part de conquêts de chacun, des auteurs normands ont été jusqu'à reprendre des théories qui n'avaient cours qu'au milieu du xvi^e siècle, prétendant que la convention matrimoniale ne peut déroger à la coutume normande, notion que l'on masqua dans la suite sous l'apparence plus vraisemblable d'une prohibition réelle (1), de même que le parlement de Rouen, nous l'avons vu, en usait en matière de communauté. A Paris, aussi, d'ailleurs cette opinion était répandue (2), ce qui cadrerait bien mal avec le caractère simplement exclusif qu'on y prêtait à l'article 330, et il faut reconnaître que nombre d'arrêts étaient en ce sens même rendus à Paris (3). Et pourtant il y avait eu à Paris, dès le début du xvi^e siècle, en 1527, un arrêt qui avait jugé de statut personnel le don mutuel. Cet arrêt, connu sous le nom d'arrêt de Gannay, a

(1) Basnage, *op. cit.*, sur l'article 389.

(2) Challiné, *op. cit.*, p. 283. Charondas, *op. cit.*, réponses : livre XIII, n° 101.

(3) Basnage, sur l'article 389 arrêts de Miromesnil. 31 janvier 1663. Frolland, *op. cit.*, chap. xviii sur cet arrêt. Voir aussi Duplessis, *op. cit.*, t. II, consultation 47, p. 298.

d'ailleurs joué un rôle fameux dans ces discussions et a servi de point de départ à toutes les dissertations sur ce sujet (1). Dumoulin défendit la personnalité du don mutuel telle que cet arrêt l'avait établie, en lui appliquant toutes ses théories relatives à la communauté, et notamment celle de convention tacite. Cette assimilation des deux institutions fut d'ailleurs reprise et c'est un argument que l'on retrouve souvent chez les partisans du statut personnel (2). Nous avons déjà vu que cette façon d'expliquer la personnalité des dons entre époux n'était pas toujours exacte, sans toutefois être absolument fausse (3), et il nous semble qu'ici aussi la vraie cause qui doit faire régir le don mutuel par le statut personnel, soit son analogie avec les dons entre époux tels que nous les avons appréciés. Comme nombre d'avocats le disaient fort justement à la fin du xvii^e siècle à Paris (4), la faculté laissée aux époux de se faire un don mutuel ne leur donne qu'une capacité restreinte, puisque ce don ne comprend que l'usufruit de leur part de biens communs ; par suite, la loi qui régira cette capacité partielle aura effet partout, sauf contre les coutumes prohibitives, et de même si leur domicile

(1) Dumoulin, *op. cit.*, t. I, p. 963, dissertation sur le consilium 53 du post glossateur Alexandre.

(2) Frolland, *op. cit.*, chap. xviii et xix. Charondas, réponse, l. 2, n^o 64, mais cette réponse ne vise en rien le conflit avec la Normandie.

(3) Voir pages 212-214.

(4) Duplessis, consultation 47.

est dans une coutume prohibitive, il est faux de dire qu'ils pourront se faire un don mutuel des conquêts sis en autres lieux (1). S'il y avait une prohibition dans la coutume normande, il était logique pour les auteurs normands de la dire d'ordre public réel, mais à nos yeux elle était bien au contraire personnelle (2), ce que nous avons admis en matière de dons entre époux ; mais y avait-il vraiment une prohibition dans la coutume normande ? l'affirmative était reçue, en ce qui touchait les donations ; relativement à la communauté, nous n'avons vu qu'une exclusion (3) ; selon qu'on rapprochera le don mutuel de l'une ou de l'autre, la solution adoptée sera différente ; mais nous penchons plutôt vers la première théorie, les jurisprudences des deux parlements, à dater de la rédaction des coutumes, semblant incliner, au point de vue pratique, nettement en ce sens. D'ailleurs, c'est cette théorie de capacité restreinte qui nous paraît bien être la base de la personnalité du don mutuel, plutôt que son rapport avec la communauté. C'est une opinion mixte qui a eu son heure de fortune que celle d'après laquelle il était nécessaire de distinguer l'époque où il avait été passé (4) ; les époux à Paris pouvaient en effet se faire ce don soit lors du contrat de mariage, soit postérieurement ; et, à cause de ce fait, on avait échafaudé

(1) Opinion citée par Ricard, t. II, p. 87.

(2) Voir page 207.

(3) Voir page 86.

(4) Voir Frolland, *op. cit.*, chap. xxi.

une doctrine d'après laquelle le don fait dans le contrat devait avoir force en tous lieux, parce qu'il était une suite du contrat de communauté, personnel, et une conséquence de ce régime, tandis que celui fait postérieurement, était un don entre époux, ne faisant plus corps avec la convention matrimoniale, et par suite soumis quant à sa quotité au statut réel. Cette opinion a encore été soutenue récemment (1) et il est évident que les arrêts semblent lui donner raison. L'arrêt de Gannay statuait sur une espèce où le don était contemporain du contrat de mariage ; au contraire, dans l'arrêt de Miromesnil, il était postérieur ; mais, à notre avis, ce n'est là qu'une pure coïncidence et le seul enseignement à tirer de ces arrêts est l'évolution subie par l'esprit des juges au cours des années ; car, théoriquement, cette doctrine repose sur une base inexacte. C'est vraiment jouer sur les mots que de faire dépendre le caractère du statut, de la place matérielle occupée par la libéralité ; le fait de faire corps avec le contrat de mariage lui donnerait une qualité qu'il n'aurait pas s'il ne datait que de quelque temps après ; ce qui est une erreur, si l'on soutient que la personnalité du don mutuel dépend de son rapport avec la communauté ; ce rapport doit exister aussi bien, à quelque jour que soit passé le don ; quoi- qu'on en dise, ce n'est pas pour être fait à quelques jours de distance qu'un rapport de droit sera brisé

(1) Voir la thèse de M. Calixte déjà citée.

entre deux contrats. D'ailleurs, même en arrivant à le rattacher toujours à la communauté, ce n'est pas, à notre avis, le véritable motif ; le régime de communauté est de statut personnel, c'est une chose évidente ; mais si le don mutuel n'est personnel qu'à raison de son rapport avec elle, on en arrive à contredire la théorie admise précédemment à propos des dons unilatéraux entre époux. Le don mutuel, en somme, n'est qu'un don entre époux dont la particularité est d'être double au lieu de simple ; il se décompose en deux donations unilatérales ; chacune ne peut excéder l'usufruit de la part de communauté, ce qui, est-il besoin de le dire, est bien inférieur au disponible de droit commun ; si on ne le considère que sous une de ses faces, par exemple du mari à la femme, rien ne le distingue des dons entre époux ; pourquoi, dès lors, leur appliquer des justifications différentes ? quant à la contradiction, elle est flagrante ; ne tenant soi-disant sa personnalité que du régime matrimonial, il s'ensuit que, abstraction faite de ce régime, ce don serait de statut réel ; on aurait donc à la fois des dons entre époux de statut personnel et d'autres de statut réel ; ce qui est bien difficile à concilier. Nous faisons donc à cette théorie le double reproche de faire dépendre un rapport de droit d'un fait purement matériel, et même, en en admettant l'exactitude, d'établir une contradiction avec l'opinion adoptée en matière d'avantages entre époux ; aussi estimons-nous qu'il n'y a pas de

différence à établir entre ces deux catégories de donations, et que dans les deux se retrouvent les mêmes motifs qui poussent à les soumettre à la personnalité, d'eux-mêmes ; et que, par suite, il est inutile, comme on l'a fait quelquefois, d'assimiler le don mutuel à un contrat onéreux et aléatoire afin de donner toute la force possible à la convention ; car, que l'on admette une convention onéreuse ou un statut pur personnel, il n'en est pas moins vrai que l'un et l'autre seront sans force devant une coutume prohibitive.

Dans la doctrine de la réalité, on distinguait forcément les meubles des immeubles quant à la loi à leur appliquer, suivant pour les premiers la loi du domicile lors du contrat, pour les seconds celle de leur situation (1) ; de sorte que s'ils sont domiciliés à Paris, les époux pourront toujours se faire don de leurs meubles ; et même, ajoutait-on parfois (2), qu'importe qu'ils soient domiciliés sous une coutume l'interdisant, si la loi de leur domicile matrimonial le permet ; cette idée, — qui est une preuve que si l'on explique la personnalité du don mutuel par son lien avec la communauté, ce lien existe toujours, à quelque époque que le don soit fait — se concilie mal avec la notion de réalité gardée en ce qui a trait aux immeubles ; ou l'on admet la réalité et alors on suit la loi du dernier domicile, ou l'on dit cette donation personnelle et le tout est régi par

(1) Auzanet, *op. cit.*, p. 227.

(2) Choppin, *Privilèges des rustiques*, p. 51.

la loi du domicile matrimonial. Cependant il n'y a pas là à proprement parler une erreur ; car si nous repoussons la distinction faite relativement à l'époque de la libéralité pour apprécier le statut la régissant, elle est exacte lorsqu'il s'agit des règles du changement de domicile, et il nous semble bien qu'ici, le cas visé était celui où le don était simultané au contrat de mariage ; la capacité, réglée par la loi du premier domicile subsistera toujours puisque le don ayant été fait à ce moment, il y a là un droit acquis et irrévocable, ce qui est conforme à ce que nous avons dit à propos des dons unilatéraux entre époux (1), ce qui est logique, le don mutuel étant un véritable don conditionnel, dont l'effet remontera au jour du contrat, le futur survivant étant réputé propriétaire, sous condition, de ces biens. Mais si le don a été fait postérieurement au contrat, le changement de domicile aura son influence, la capacité des époux devant être appréciée à ce jour ; et il n'est guère possible de raisonner autrement ; la capacité nécessaire à un contrat s'apprécie au jour où il est passé ; le don mutuel étant toujours conventionnel et jamais légal, il n'y a, dans la faculté de le faire, aucun droit acquis qui suive l'époux de pays en pays (2). Notons enfin qu'il n'y a aucune contradiction

(1) Frolland, *op. cit.*, chap. xviii. Ricard, *op. cit.*, 84. Duplessis, consultation 47, p. 307.

(2) Nous reviendrons sur cette idée à propos des gains de survie.

à admettre ici une distinction que nous avons repoussée lorsqu'il s'agissait de déterminer la qualité du statut régissant le don ; le statut personnel s'appliquera dans tous les cas ; quant à la loi qui sera à la base de cette personnalité, c'est une toute autre question, et c'est justement celle que nous venons de résoudre. Ce qui complète le parallélisme des dons unilatéraux entre époux et du don mutuel, et permet à juste titre de s'étonner de la division faite systématiquement autrefois dans leur étude, et que rien, nous venons de le voir, ne justifie sérieusement.

QUATRIÈME PARTIE

Des gains de survie.

Les coutumes assuraient presque toutes à la femme survivante, quelquefois aussi au mari, des avantages indépendants de ceux qui résultaient directement des droits des époux sur le patrimoine matrimonial. Au profit de la femme, il y avait le douaire tant à Paris qu'en Normandie ; au profit du mari le droit de viduité ; enfin, au profit du survivant, quel qu'il fût, le préciput légal était en vigueur à Paris.

Il était aussi difficile de s'entendre sur ces questions quant au statut devant les régir que sur toutes les précédentes. Aussi allons-nous étudier séparément chacun de ces avantages nuptiaux, afin de voir si, en raison de leur nature et de leur essence, il est nécessaire d'appliquer des règles différentes à chacun d'eux, ou s'il est possible de solutionner de façon identique ces problèmes.

CHAPITRE PREMIER

DU PRÉCIPUT LÉGAL

Si nous classions les gains de survie par ordre d'importance, le préciput ne viendrait qu'au dernier rang ; mais il nous a paru préférable de l'étudier en premier lieu, d'abord parce qu'il est le seul à profiter indistinctement aux deux conjoints, et surtout parce qu'à raison de son caractère il occupe une place à part et nous permettra de discuter dès le début un critérium adopté généralement autrefois et basé sur sa nature toute spéciale.

La coutume de Paris — article 238 — permettait au survivant de deux conjoints nobles sans enfants et domiciliés à Paris, de prélever sur les biens de communauté, lors du partage, certains meubles, à condition de supporter certaines charges spéciales équivalentes. Nous n'entrerons pas ici dans le détail de ces règles spéciales ; il suffit de savoir que ce droit était légal, donné par la coutume, indépendamment de tout contrat de mariage, dès que l'on était marié sous le régime de communauté ; est-il besoin d'ajouter que ce préciput

était inconnu en Normandie, à titre légal du moins ; de cette opposition de coutumes, devaient naître des conflits nombreux, et les solutions que l'on proposait sont liées à des doctrines, non pas des plus importantes vu le peu d'ampleur du sujet, mais certainement originales.

L'opinion la plus accréditée faisait au préciput une place spéciale parmi les autres gains de survie ; elle était basée sur une distinction entre le préciput légal d'un côté, ou, plus exactement, entre les gains nuptiaux qui se rattachaient à la communauté, et ceux qui en étaient totalement séparés, du fait même de leur nature. Aux termes de la coutume, le préciput légal n'existait que là où il y avait communauté ; c'était une notion irréfutable sur laquelle on s'appuyait. Dès lors, tandis qu'on soumettait en principe les gains de survie au statut réel, on suivait pour le préciput les règles adoptées en matière de communauté. Les idées de Dumoulin sur la convention tacite étaient pleinement mises en lumière. Par cela même qu'il y avait une communauté expresse ou tacite, il y avait en faveur des conjoints une présomption, grâce à laquelle ils étaient censés avoir tacitement décidé l'observation de la coutume ; dire époux nobles mariés en communauté, c'était dire époux ayant droit au préciput ; on y voyait une suite de la communauté, qui était présumée faire partie des conventions matrimoniales (1). Lorsque deux époux se ma-

(1) Boullenois, *op. cit.*, 19^e question, p. 369-374.

rient sans contrat, disait-on (1), sont-ils censés adopter et changer en conventions tacites toutes les dispositions des lois sous l'empire desquelles se forme leur union ? par suite, ces dispositions règlent-elles leurs droits respectifs comme loi ou comme contrat ? comme contrat pour ceux assimilant le préciput à la communauté ; comme loi pour les autres ; car à côté de cette opinion, il en était une encore qui le rapprochait des autres gains de survie et le déclarait soumis au statut réel, et d'après laquelle il réglait les droits des époux, non pas comme contrat mais comme loi ; ce n'était plus une suite de la communauté, ce n'était qu'une grâce faite par la coutume de Paris sur certains meubles particuliers, et, par suite, réelle (2). On peut se demander l'intérêt de cette discussion puisque les meubles, que l'on appliquât le statut réel ou personnel, suivaient toujours la loi du domicile et étaient régis par elle en quelque lieu qu'ils fussent (3). Mais cet intérêt réside justement dans le point de savoir de quel domicile on suivra la loi ? Si l'on y voit une convention tacite, on adoptera la loi du domicile matrimonial, puisque c'était celle en vigueur au jour de ce contrat, indépendamment de tout changement postérieur (4). Si l'on y voit un gain réel, il faudra que le dernier domicile soit à Paris pour que ce préciput

(1) Merlin, *op. cit.*, t. VII, p. 429.

(2) Frolland, *op. cit.*, chap. IV, p. 395 et suivantes.

(3) Duplessis, t. I, consultation 24, p. 697.

(4) Voir thèse Pallamary, p. 204.

ait lieu, justement en vertu de la règle, *mobilia sequuntur personam*. De sorte que si l'on adopte le premier système, peu importe que le dernier domicile soit en Normandie si le domicile matrimonial était à Paris ; avec le second, ces mêmes époux ayant leur dernier domicile à Rouen n'y auront aucun droit (1), la question ne se posant pas pour deux Normands domiciliés en dernier lieu à Paris, puisque même les auteurs de cette opinion reconnaissaient qu'il fallait au moins avant être communs en biens ; or, c'est justement cette seconde conséquence qu'ils n'osaient pas aller jusqu'à admettre qui nous porte à croire que leur système est erroné puisqu'ils ne peuvent pas pousser jusqu'au bout leur doctrine.

La personnalité du préciput nous paraît donc seule exacte ; mais faut-il suivre entièrement l'opinion qui l'admettait, quant aux arguments qu'elle emploie ? Le droit au préciput légal pouvait être expressément écrit dans le contrat de mariage, de même que les époux pouvaient stipuler, s'ils n'étaient pas nobles, qu'ils prélèveraient certains meubles avant le partage. Aussi admettons-nous parfaitement l'idée de convention tacite à défaut de contrat, comme faisant partie des conventions matrimoniales ; mais est ce à dire qu'elle en fasse partie uniquement parce que le préciput est lié au ré-

(1) Lebrun, *op. cit.*, chap. II, p. 20 et pages 398 et 399. Duplessis, t. II, consultation 17, p. 98.

gime de communauté ? conventionnellement des époux normands pouvaient stipuler un prélèvement de quelques meubles avant le partage inégal des biens, ce qui était certainement possible, les dons de meubles étant permis entre eux : or, il n'y a pas de raison pour ne pas soumettre ce don de meubles aux règles du statut personnel des dons entre époux ; voilà donc un avantage qui, conventionnel exprès, sera personnel, parce que c'est un don, et qui, conventionnel tacite, ne jouira de la personnalité que par ce fait qu'il serait un accessoire de la communauté ; il nous semble qu'il y a là une incohérence ayant quelque analogie avec celle vue à propos du don mutuel (1). A notre avis, tacite ou exprès, le préciput est avant tout un avantage entre époux ; dès lors pourquoi ne pas en revenir simplement aux règles qui y ont trait ? qu'il y ait un contrat formel ou sous-entendu, ce n'est pas là une divergence suffisante pour modifier le fondement juridique de ce préciput ; il se trouve que, tacitement, il ne sera jamais lié, en fait, qu'au régime de communauté ? sans doute ; mais puisque, expressément, il peut coexister avec d'autres régimes, puisque, dans un cas comme dans l'autre, il est, au fonds, toujours conventionnel, c'est donc que la communauté n'est pas indispensable à son existence ; aussi, tout en arrivant à des conclusions identiques à celles de l'opinion de la personnalité,

(1) Voir page 228.

croions-nous qu'il est plus exact de les justifier en disant que ce gain est un avantage entre époux, tantôt tacite, tantôt exprès, plutôt que d'y voir un accessoire de la communauté ; les deux conceptions sont également vraies ; mais la seconde nous paraît avoir l'inconvénient de n'être pas assez générale, de ne viser le préciput que lorsqu'il est légal, et d'amener une contradiction alors entre ce dernier conventionnel tacite et le préciput conventionnel exprès.

Quant à dire qu'il faille, même en admettant la justification que nous avons critiquée, séparer nettement le préciput des autres gains de survie, c'est une toute autre question que nous étudierons d'ici peu ; mais puisque nous avons admis la personnalité de tous les régimes matrimoniaux, et des avantages entre époux, qu'on les rattache à l'une ou l'autre de ces théories, il semble bien que le résultat doive être le même ; c'est ce dont nous allons nous occuper.

CHAPITRE II

DU DOUAIRE

L'opinion générale distinguant les gains liés à la communauté de ceux qui étaient indépendants de ce

régime, il faut analyser les règles qu'elle proposait d'appliquer au douaire, et voir si c'est avec raison qu'elle faisait cette scission, et s'il y a lieu vraiment de ne pas le soumettre au statut personnel ; *a fortiori*, nous verrons en même temps celle qui rangeait tous les gains de survie sous le drapeau du statut réel ; mais pour ne combattre les auteurs de ces siècles qu'avec les armes dont ils disposaient, nous supposerons provisoirement avoir adopté sans réserve les arguments justificatifs de la personnalité alors en faveur en ce qui touche au préciput ; nous ne les critiquerons que postérieurement.

Le douaire était un gain de survie donné à la femme légalement, hors de tout contrat, à Paris par l'article 247 et en Normandie par l'article 367. Les caractères de ce douaire légal ou coutumier étaient différents ici et là, ce qui donne de suite un grand intérêt à savoir si le statut réel ou personnel était applicable en cas de conflits. La matière du douaire est en effet particulièrement confuse à cause de la coexistence, à côté du douaire légal, du douaire préfix. Ce dernier, établi par contrat de mariage, soit que l'on se bornât à énoncer l'intention du mari d'accorder expressément à sa femme un douaire tel que prévu par la coutume, ce qui pouvait avoir sa raison d'être à cause de la force de la convention, soit qu'on le fixât plus étendu ou plus restreint que le coutumier ou encore portant sur des biens autres que ceux prévus par la loi, était dans les deux pro-

vinces, aussi divers que le douaire légal, les clauses que l'on pouvait y insérer n'étant pas les mêmes. Enfin il existait dans chaque pays des règles communes à ce gain de survie tant légal que conventionnel, que le territoire voisin n'admettait pas ; il y avait donc là plus qu'il n'en fallait pour que les juristes discutent à perte de vue.

SECTION I

Règles spéciales au douaire coutumier.

Il est tout d'abord un point hors de doute, c'est que la femme veuve pouvait demander son douaire coutumier dans tous les pays où il était reconnu par la coutume et où le mari avait des biens (1) ; que la femme fût domiciliée à Paris et que son douaire fût à prendre sur des biens de Normandie, ou réciproquement, elle pouvait demander ce gain de survie sur tous les immeubles de son époux. Mais les difficultés apparaissent dès que l'on entre plus avant dans le sujet. La quotité de ce douaire, c'est-à-dire l'étendue du droit de la femme qui à Paris était de moitié des héritages que le mari tient et possède au jour des épousailles et de la moitié de ceux qui lui

(1) Frolland, *op. cit.*, chap. x, p. 520. Bacquet, *op. cit.*, t. I, chap. xxi, n° 70.

adviennent depuis en ligne directe, — article 248 — n'était en Normandie que de l'usufruit du tiers des choses immeubles appartenant au mari dans les mêmes conditions — article 367 — ces quotités n'étant fixées ici seulement qu'en principe, indépendamment des modifications que nous verrons postérieurement. Dès lors, bien que la femme domiciliée à Paris eût certainement un douaire sur les immeubles normands, était-il du tiers ou de moitié? Il est rare de voir une unité d'opinion aussi absolue que celle dont les arrêts et les juristes font preuve en cette matière; il n'est pour ainsi dire pas une idée qui soit exorbitante de la doctrine commune. Partout on se prononce pour la réalité du statut du douaire (1). Partout on n'y voit qu'une question de transmission de biens; et l'on ajoute que la femme ne prenant son douaire que par un pur bénéfice des coutumes, il ne peut être que réel; qu'en outre, d'ailleurs, l'article 371 de la coutume normande, — par lequel « on ne peut excéder le tiers, quelque convenant qui soit fait au contrat de mariage » — est prohibitif. Sur ce dernier point pourtant il y a désaccord; pour certains, il n'est pas plus prohibitif que l'article 330 en matière de communauté; l'intérêt de la discussion n'apparaît

(1) Basnage, t. II, sur l'article 367. Frolland, *op. cit.*, p. 197, chap. ix, n^{os} 2, 3 et 4, p. 549, conférence des avocats du 10 mars 1714. Merlin, *Répertoire*, t. V, p. 266 et t. VII, p. 129. Charondas, *Résolutions de questions de droit*, t. I, 3^e partie, p. 44. Sérieux, *op. cit.*, p. 453. Bacquet, *op. cit.*, chap. xv, n^o 50.

pas si on considère le douaire comme un pur bénéfice de la coutume ; mais était-ce là une idée bien exacte ? nous avons déjà vu cette conception à propos du préciput et nous l'avons réfutée avec les arguments que l'on avait à cette époque, c'est-à-dire en montrant le lien qui l'unissait à la communauté (1) ; ici aussi, d'ailleurs, ne pourrait-on pas rattacher ce gain de survie aux régimes matrimoniaux ? il y a lieu de s'étonner que personne n'ait eu l'idée d'élargir la notion d'après laquelle on regardait le préciput, non pas comme un bénéfice réel, mais comme une suite de la communauté personnelle ; il ne serait pourtant pas si déraisonnable de soutenir que tout gain de survie est lié à tout régime matrimonial ; ce n'est pas seulement la communauté qui est personnelle ; tout autre régime, en principe, l'est également ; il n'est donc pas nécessaire que le gain de survie lui soit spécialement attaché ; le gain de survie ne se conçoit pas sans une union préalable des époux ; pas de mariage, pas de douaire ; le second est la conséquence du premier ; le douaire était accordé à la femme en dehors même du régime de communauté, nous dira-t-on ? de nos jours il importerait peu, puisque nous admettons la personnalité de tout régime matrimonial ; mais jadis, c'était une objection qui avait sa valeur ; d'ailleurs la justification de la personnalité du douaire au moyen de son rapport avec le mariage ne nous plairait pas plus

(2) Voir page 235.

qu'en matière de préciput, toujours pour cette raison, que le douaire étant un avantage entre époux, dont on justifierait le statut par cet argument, deviendrait, abstraction faite du régime qu'il accompagne, un don réel, ce qui amènerait une contradiction au sein même de la théorie des dons entre conjoints. Mais, à notre avis, on ne peut sérieusement prétendre que le gain de survie ne vise qu'à une transmission de biens ; on a pourtant été jusqu'à faire leur assimilation avec les donations en général (1), elle nous semble fausse ; si on doit les assimiler à quelque chose, c'est aux dons entre époux ; ce gain de survie est évidemment un avantage fait à la femme, mais, comme les dons entre époux, inférieur en quotité et qualité au disponible vis-à-vis des étrangers ; le douaire n'est qu'un usufruit, non un droit de propriété ; dès lors, si cet avantage est fait en vertu d'une capacité spéciale, on en revient à des règles connues ; la quotité devra se régler par la loi du domicile, comme les dons entre époux, et pour les mêmes motifs, en y joignant l'idée d'une convention tacite comme en matière préciputaire (2) ; le douaire dit légal sera lui aussi adopté tacitement, quant à la quotité, par les jeunes époux ; et nous ne voyons pas ce qui empêcherait de continuer de la sorte ce parallélisme. Ainsi donc, que l'on se place au point de vue d'une institution connexe des régimes matrimoniaux, ou d'un avantage indé-

(1) Duplessis, consultation 17, t. II, p. 97.

(2) Voir page 238.

pendant analogue aux dons entre époux, on en arrive à la personnalité du gain de survie en général et du douaire en particulier. Il devient donc très important de savoir si la coutume normande était ou non prohibitive; si oui, la femme parisienne n'aura que un tiers des immeubles normands, sinon elle en aura la moitié; inversement, la personnalité étant admise, il paraît évident que la femme normande n'aura qu'un tiers des immeubles de Paris, tandis qu'en appliquant la réalité du statut, elle en aurait eu la moitié, solution qui lui était plus favorable et qu'on appliquait au xvii^e siècle; si donc il y a vraiment prohibition d'ordre public, elle avait jadis le caractère réel, tandis qu'avec la conception qui nous paraît exacte et que l'on aurait dû, juridiquement, adopter à la place, elle serait personnelle, ce à quoi nous avons conclu à propos des avantages entre époux; cette question de la prohibition en ce qui concerne le douaire coutumier n'existait pas d'ailleurs autrefois, puisqu'on le disait réel; elle n'apparaissait qu'en matière de douaire conventionnel; mais, puisqu'il nous a semblé qu'il y avait de bien bonnes raisons pour donner aussi ce caractère au douaire légal, l'embarras est le même dans les deux cas; nous reviendrons sur ce point d'ici peu; mais puisque jadis on voyait dans les règles de quotité disponible des matières soumises à l'ordre public, il nous paraît bien qu'il devait y avoir prohibition, mais personnelle (1).

(1) Voir pages 185 et 226.

SECTION II

Règles spéciales au douaire préfix¹

Le douaire était qualifié de préfix lorsque le contrat de mariage le mentionnait expressément ; les époux pouvaient se borner à copier textuellement la coutume, dans le but de suppléer à la notion de convention tacite que la jurisprudence refusait d'appliquer ; mais plus souvent c'était dans l'intention de modifier les règles coutumières. Les clauses modificatives du douaire visaient généralement soit à le réduire, soit à l'augmenter en donnant un usufruit plus considérable ou en pleine propriété, soit à le faire porter sur certains immeubles en totalité de manière à affranchir les autres, soit à le fixer en deniers. Ces clauses permises à Paris, l'étaient-elles toutes en Normandie ? Il n'y a vraiment de difficulté que pour l'une d'elles, à savoir celle ayant trait à son extension ; l'article 371 interdisait à Rouen que le douaire préfix dépassât le coutumier ; il l'interdisait sans aucun doute pour ceux qui se mariaient en Normandie ; mais avait-il effet contre une convention portant expressément fixation du douaire à la moitié ? La question est résolue d'avance pour nous : puisque même à défaut de contrat nous avons admis la personnalité du douaire, et estimé que

cet article était prohibitif, car ce gain de survie n'étant qu'une donation, (1) on considérait alors, contrairement à une opinion plus moderne, que l'ordre public était en jeu lorsqu'il s'agissait des quotités disponibles, *a fortiori* donnons-nous la même solution ici ; mais pour l'opinion dominante, de quel statut dépendait le douaire préfix ? persistait-elle à le rattacher au douaire légal ou se rangeait-elle à notre avis ; avant de voir si l'article 371 était prohibitif à ses yeux, lui accordait-elle au moins en principe la personnalité ? devait-on réduire au tiers la portion du douaire préfix à prendre en Normandie ? L'unité d'opinion que nous avons signalée pour le douaire légal n'existait plus ici ; cependant la majorité se prononçait en faveur de la loi de la situation des biens ; lorsque les époux se contentaient de rendre conventionnel le douaire coutumier ou stipulaient simplement, que la femme aurait un douaire de moitié, la presque unanimité penchait en faveur du statut réel, de même que mariée en Normandie, elle aurait eu la moitié des immeubles de Paris (2), sous ce prétexte que le droit de la femme ne reposait que sur une capacité partielle, même en cas de contrat, et par suite réelle, la conservation des biens étant en jeu, ce qui soit, dit en passant, était doublement faux, tant à cause de ce prétendu caractère réel de l'in-

(1) Voir pages 226 et 245.

(2) Basnage, t. II, p. 4. Frolland, *op. cit.*, chap. x. Boullenois, *Des démissions de biens*, p. 147. Charondas, *op. cit.*, p. 44.

capacité que du refus d'accorder, en principe, à la convention son effet habituel ; et ils sont bien rares ceux qui consentent à reconnaître la personnalité du douaire préfix (1). Mais si les époux stipulaient la quotité de moitié avec soumission à la coutume de Paris et dérogation à la coutume de Normandie, les uns penchaient toujours pour la négative (2), mais les autres, et surtout à Paris, reconnaissaient pleine force à la convention, sauf contre la coutume prohibitive (3). Nous avons dit les motifs qui nous poussaient à voir une prohibition dans cette coutume ; c'était d'ailleurs l'avis de la jurisprudence (4) ; il n'y a guère qu'un seul arrêt ayant jugé le contraire (5) et que certains auteurs critiquent ; car si quelques juristes étaient de cette opinion, d'autres le niaient et donnaient effet en Normandie même à une simple stipulation, ce qui était d'ailleurs la minorité (6). Ce qui motivait cette absence de prohibition aux yeux de quelques uns, était le souvenir de la doctrine adoptée à Paris en matière de communauté, qui disait la coutume normande exclu-

(1) Sérieux, *op. cit.*, p. 453. Merlin, *op. cit.*, t. V, p. 267.

(2) Basnage, *op. cit.*, t. II, p. 46.

(3) Opinion citée, par Basnage, p. 46. Bacquet, *op. cit.*, chap. xv, n° 50.

(4) Arrêts de Larchant et de Motholon, cités par Basnage, arrêts de Glachant à Paris du 30 décembre 1693 et du 14 juin 1701, cités par Frolland et par Renusson, *Traité du douaire*, chap. iv.

(5) Rapporté au *Journal des audiences* de Dufresne, l. 2, ch. xxxviii voir aussi Basnage.

(6) Merlin et Renusson, *op. cit.*, voir ci-dessus.

sive seulement ; il apparaît bien que, sans l'avouer, le douaire parisien et le régime de communauté étaient unis dans leur esprit, ce qui justifie un des arguments que nous proposons en faveur de la personnalité du douaire légal ; la façon symétrique dont les auteurs étudient les différentes clauses de stipulation du douaire et de communauté (1) permet de constater que la possibilité d'un rapport entre eux leur était au moins venue à l'esprit ; en général ils refusent la validité de ces clauses dans les cas précis où les réalistes les plus acharnés niaient l'effet de la communauté ; seulement les uns poussent l'assimilation jusqu'à donner dans les deux cas le caractère exclusif à la coutume normande, tandis que les autres la disaient prohibitive sur ce point ; mais, même ceux-là, nous les critiquons, car ce qu'ils admettaient c'était une prohibition réelle, d'après laquelle on réduisait au tiers en Normandie le douaire préfix de moitié, ce que nous acceptons, mais qui permettait à la femme normande de stipuler un douaire de moitié sur les immeubles hors de Normandie (2), ce que nous ne pouvons admettre, cette prohibition étant personnelle, nous l'avons suffisamment démontré (3).

Nous avons noté la possibilité d'insérer une clause par laquelle on assignait le douaire sur un seul bien du

(1) Comparer pages 66 et suivantes.

(2) Jurisprudence citée par Merlin, t. V, p. 283, Charondas, livre VII, *Question* 98.

(3) Voir p. 226.

mari, en totalité ; qu'allait-il advenir si l'immeuble assigné était en Normandie ? dans un sens on pouvait dire que cette clause devait être réduite, puisqu'elle dépassait la quotité permise en Normandie (1), dans un autre on pouvait prétendre que ce n'était qu'un mode de règlement, et que du moment que la valeur de l'immeuble ne dépassait pas le montant de la part qu'aurait eue la femme si elle avait pris la moitié des biens de Paris et le tiers de ceux de Normandie, la coutume était respectée en droit, sinon en fait (2). Les deux théories ont été soutenues et il est évident que la seconde se rapproche de la doctrine du statut personnel, laissant à la convention une plus grande liberté d'allures ; cependant elle tenait toujours du statut réel, étant donné le taux maximum qu'elle mettait à sa validité ; à notre avis, passée en Normandie, cette clause n'aurait dû valoir que si elle avait été égale au tiers additionné des immeubles en tous pays. D'ailleurs les théories du statut réel et personnel se rencontraient quand le douaire avait été fixé en une somme de deniers ; dans ce cas on le soumettait toujours à la loi du domicile des époux lors du contrat puisqu'il s'agissait en l'espèce d'une véritable créance et qu'il était de règle de suivre toujours la loi du domicile du créancier (3) ; si le douaire immobilier avait été rem-

(1) Sérieux, *op. cit.*, p. 453.

(2) Auzanet, *Mémoires et réflexions*, p. 155.

(3) Merlin, *op. cit.*, p. 283. Pothier, *op. cit.*, t. VI, p. 363. Sérieux, *op. cit.*, p. 454. Bacquet, *op. cit.*, chap. xv, n° 50.

placé par une rente viagère constituée sur les immeubles, on donnait une solution identique, et à Paris du moins, on laissait la femme prendre sur les immeubles normands une rente de quelque valeur qu'elle fût; toutefois, à Rouen, on aurait jugé différemment, puisqu'on voyait dans les rentes constituées non pas une créance, mais un droit immobilier, régi par la loi du bien sur lequel elle portait (1).

Ces principes connus, il paraît évident que si les époux changent de domicile au cours du mariage, en matière d'immeubles, l'opinion qui soutient la réalité n'en tiendra pas compte. De même pour l'opinion qui est la nôtre, puisque ce douaire était un avantage acquis lors du contrat de mariage, la loi du domicile matrimonial sera seule en vigueur. Mais *quid* s'il consistait en meubles? nous avons supposé il y a un instant que le domicile des époux avait toujours été à Paris, pour donner à la femme un douaire en deniers de moitié; mais que décider si le dernier domicile est à Rouen? Les auteurs que nous combattons font à ce propos une distinction (2); ou les meubles donnés en douaire appartenaient déjà au mari lors de la passation du contrat, auquel cas il y a chez la femme un droit acquis qui sera toujours régi par la coutume matrimoniale; ou bien le douaire a été constitué en biens que le mari laissera à

(1) Basnage, *op. cit.*, t. II, p. 466 et suivantes.

(2) Pothier, *op. cit.*, t. VI, p. 364.

son décès ; le douaire n'existant alors que du jour de la mort du mari, c'est la coutume du dernier domicile que l'on suivra. Cette opinion ne nous paraît pas très justifiée ; car du jour du contrat, la femme a un droit, conditionnel peut-être, mais véritable cependant, et le mari ne peut rien faire volontairement dans le but d'y porter atteinte. On objecte qu'en changeant de demeure, le mari n'a rien soustrait au douaire parce qu'il n'est pas encore ouvert ; mais alors, c'est méconnaître que la femme a, du jour du mariage, un droit sous condition suspensive, qui se réalisera le jour du décès du mari, et rétroagira ; la présence d'un contrat exprès — nous aurions la même opinion s'il était tacite simplement — ne nous paraît pas pouvoir autoriser une autre loi que celle du premier domicile des époux ; c'est à nos yeux la conséquence logique de tout ce que nous avons considéré comme vrai jusqu'ici.

SECTION III

Règles communes aux douaires coutumier et prefix.

Connaissant les règles suivies pratiquement, et celles que l'on aurait dû suivre, nous n'avons plus qu'à appliquer ces notions aux autres conflits qui s'élevaient entre les deux provinces, lorsque le moment

était venu pour la femme de prendre son douaire.

Il va de soi que partout la mort du mari donnait ouverture au douaire ; en était-il de même après une séparation de biens judiciaire ? jusqu'à la fin du xvii^e siècle la négative était certaine ; mais à cette époque la règle fut modifiée en Normandie, et l'on y considéra que c'était un motif suffisant pour autoriser la femme à le réclamer. Le mauvais état des affaires du mari, disait-on, nécessitait la création de cette sauvegarde pour la femme, de même qu'elle donnait lieu à la restitution de sa dot (1). La loi du domicile matrimonial seule, à notre avis, devait régler cette difficulté, les causes d'ouverture étant un des caractères propres de ce gain de survie. Le droit au douaire une fois ouvert, la femme à Paris en était saisie directement, tandis qu'en Normandie, elle devait demander la délivrance de son usufruit (2) ; fallait-il dès lors, bien que domiciliée à Paris, qu'elle formât une demande relativement aux immeubles de Normandie ? On disait en général, que, lorsque son douaire était coutumier et ne portait que sur des immeubles, elle n'était saisie de plein droit que des biens sis à Paris, tandis que s'il y avait aussi des rentes constituées, il suffisait que le premier domicile ait été à Paris ; si son douaire était prefix, la solution devait être la même, tant pour les immeubles que les rentes,

(1) Basnage, t. II sur l'article 367. Merlin t. V, p. 28.

(2) Frolland, chap. XII, p. 589.

sous ce prétexte que c'est la loi qui saisit et non la convention, et que toutes coutumes sont réelles (1), tout ceci étant conforme à la théorie du statut réel, mais incompatible avec l'idée de personnalité. C'est un des caractères de fond du douaire que cette dispense ou cette nécessité d'une demande judiciaire; il n'y a aucun motif d'ordre public qui puisse rendre obligatoire cette règle en Normandie quand l'on était domicilié à Paris; l'idée de réalité était la seule cause de cette solution, d'autant plus que la saisine héréditaire étant à cette époque regardée comme réelle, l'assimilation des deux espèces était bien tentante pour ne pas être faite; mais, rejetant la cause, nous rejetons aussi l'effet.

Pour avoir droit au douaire à la mort du mari, il fallait que la femme le gagnât. A Paris elle le gagnait de plein droit par la bénédiction nuptiale — article 248; — à Rouen — article 367 — elle le gagnait « au coucher », par la consommation du mariage; il y avait cependant un intérêt dans cette distinction, pour le cas où le mari serait mort juste après la bénédiction nuptiale. Sauf dans le cas où le douaire étant en deniers, le droit de la femme était une créance, les auteurs décidaient que cette règle était de statut réel en ce qui concerne le douaire coutumier (2); au contraire, s'il y a douaire préfix, ils considéraient que c'était la loi du do-

(1) Pothier, *op. cit.*, t. VI, p. 382.

(2) Frolland, chap. xii, p. 585. Merlin, t. VI, p. 267.

micile matrimonial que l'on devait suivre, ce qui cadre bien avec l'opinion émise par quelques-uns quant à l'extension du douaire préfix; pour nous, c'est dans tous les cas qu'il aurait fallu appliquer cette notion.

Ce douaire gagné et ouvert, sur quoi allait-il porter? nous avons dit sommairement : sur l'usufruit de la moitié ou du tiers des propres du mari; mais n'y avait-il pas d'autres biens qui en étaient frappés, et d'un autre côté, tous les propres du mari le subissaient-ils? A Paris, tous les biens du mari, échus en succession directe ou qu'il tenait lors du mariage en répondaient, même ceux qu'il n'avait qu'à titre de fidéicommiss graduels, grevés de substitution et qu'il était chargé de rendre (1). Les fidéicommiss graduels, prohibés de nos jours, étaient choses fréquentes alors, et la preuve en est que la prévision de cette hypothèse se trouve dans plusieurs auteurs. En Normandie, au contraire, de tels biens n'y étaient pas soumis. A côté de cette différence, les deux coutumes divergeaient encore à deux autres points de vue. En Normandie, la femme avait le droit de prélever son douaire sur les biens composant la succession des parents de son mari, quoique cette succession ne survienne qu'après son décès, ce qui à Paris était absolument inconnu, car, après la mort du père, les successions qui lui seraient advenues de son vivant passaient aux enfants *recta via*. C'était là, en quelque

(1) Tronçon, *op. cit.*, p. 545. Duplessis, t. II, p. 224.

sorte, un douaire subsidiaire (1). De même les offices du mari, qui y étaient soumis en Normandie, ne rentraient pas en principe à Paris dans les biens soumis à douaire (2). Ces trois difficultés ne donnaient pas lieu aux mêmes solutions. En ce qui concerne les biens substitués soumis à douaire, ou les droits de la femme sur les biens des parents, on penchait en faveur de l'application du statut réel ; par contre, en ce qui touche les offices on appliquait la loi du domicile du titulaire indépendamment du lieu de leur exercice (3), ce qui les soumettait au statut personnel ; mais, à notre avis, dans les deux premiers cas on aurait dû donner la même solution que dans le troisième, car il était bien difficile d'arguer relativement au douaire sur les successions des parents que le statut successoral était principalement en jeu ; s'ils étaient morts en effet du vivant du mari, la femme aurait eu son droit de douaire sur eux, comme compris dans l'avantage que lui faisait son époux ; c'est simplement la survivance de son droit qui se manifestait à la mort des parents.

Les deux coutumes décidant que le douaire de la femme passait aux enfants, il n'y a pas à étudier le règlement des conflits nés de son caractère propre ou

(1) De L'Hommeau, *op. cit.*, p. 243 et suivantes.

(2) Auzanet, *Coutume de Paris*, p. 188, Merlin, *op. cit.*, p. 276.

(3) Arrêt du 12 février 1629 relativement aux offices des contrôleurs des titres d'Alençon et des cuirs de Louviers dont le titulaire était domicilié à Paris, voir aussi Frolland, *op. cit.*, p. 591 et suivantes.

viager. Des deux côtés, la femme ayant un douaire préfix ne pouvait opter ensuite pour le coutumier, sauf clause expresse du contrat ; il n'y a pas de difficultés sur ces points. Mais, si cette option lui était accordée, tandis qu'à Paris elle était irrévocable une fois faite, en Normandie, les enfants gardaient le droit de revenir sur sa décision (1) ; ce qui était indubitablement soumis au statut personnel, puisqu'il s'agissait de la part des enfants d'une question de capacité. De statut personnel nous disons aussi les causes de privation du douaire ; la coutume de Paris était moins exigeante que sa voisine à ce sujet, la seconde voulant que les deux époux fussent ensemble lors du décès du mari, la première ne demandant à la femme qu'une conduite suffisante pour ne pas nécessiter l'intervention de la justice : cette déchéance était reconnue comme visant plus la personne que le bien et l'on avouait que le statut réel ne pouvait s'appliquer ici (2) ; par suite, si une femme mariée et domiciliée en Normandie, est privée de tout son douaire, elle n'aura rien non plus sur les biens de Paris, même si la coutume ne connaissait pas une telle disposition ; et vice versa ; ce qui confirme notre opinion précédemment émise relativement aux causes d'ouverture du douaire. Mais lorsqu'on en revenait au conflit de l'article 257 de notre coutume qui permettait à l'épouse de

(1) Pesnelle, *op. cit.*, t. II, p. 469.

(2) Frolland, *op. cit.*, p. 572-575.

prendre son douaire et les dons à elle faits par son mari, et de l'article 386 de Normandie, qui déclarait incompatibles ces deux avantages entre eux, les conclusions en faveur de la réalité réapparaissent. De sorte que si la Parisienne a don et douaire, portant sur des biens de Paris et de Normandie, le cumul sera possible à Paris, interdit en Normandie, et réciproquement ; et même (1), les coutumes contenant cette défense auraient été prohibitives, si bien que, « si l'on ne peut y déroger par une convention expresse, à bien plus forte raison on ne le peut par la stipulation tacite qui résulte en certains cas de la soumission présumée des contractants à la loi de la passation du contrat ». Nous n'aurions pas cité ce passage de Merlin, qui fait vis-à-vis des coutumes prohibitives une constatation faite déjà bien souvent, s'il n'était en même temps un argument puissant en faveur de l'opinion que nous défendons et qui rattache le douaire au statut personnel. Merlin ne peut s'empêcher de remarquer que lorsqu'il y a un douaire coutumier, c'est en vertu d'une stipulation tacite que les parties adoptent les règles de la coutume, et il tient vis-à-vis du douaire le même raisonnement qui s'adressait au préciput légal, assimilation que nous avons considérée comme exacte. Seulement s'il admet la cause, nous avons vu qu'il n'admettait pas l'effet, c'est-à-dire la personnalité du douaire légal, ce

(1) Merlin, *op. cit.*, au mot douaire, t. V, p. 321.

qui constitue dans sa doctrine une antithèse ; mais pour soutenir la réalité, jusqu'où n'aurait-on pas été ?

Enfin, nous n'aurons plus rien à dire du douaire quand nous aurons ajouté que dans les deux provinces il était protégé par une hypothèque qui prenait rang du jour du contrat de mariage s'il était préfix, du jour de la célébration s'il était coutumier (1), mais qui ne venait qu'après celle garantissant les propres de la femme et les remplois des biens aliénés non volontairement (2), avant les remplois au contraire si l'aliénation avait été volontairement consentie ; mais elle avait en Normandie une action subsidiaire contre l'acquéreur des biens du mari soumis à douaire, s'il était insolvable ; nous ne reviendrons pas ici sur la discussion du statut qu'il faut appliquer à cette action ; mais outre cette différence des deux coutumes, à un double point de vue le droit de suite de la femme normande à raison de son douaire était plus fort qu'à Paris (3), car d'abord les biens des ascendants étaient frappés d'inaliénabilité puisque, de toute façon, le douaire s'exerçait sur eux, et ensuite, tandis que la femme pouvait à Paris renoncer à son recours hypothécaire et rassurer d'avance les tiers acquéreurs en consentant ou en intervenant à l'aliénation du bien du mari, cette ressource n'existait pas en

(1) Merlin, *op. cit.*, p. 288.

(2) Pothier, *op. cit.*, p. 465.

(3) Colin, *op. cit.*, p. 452.

Normandie, où cette renonciation était regardée comme un acte d'intercession tombant sous le coup du Velléien. Dès lors, la possibilité de renoncer visant à une question de capacité, la femme normande ne pourra consentir aucune convention sur son hypothèque même dans la mesure où elle garantit son douaire portant sur des immeubles de Paris, et réciproquement la femme de Paris pourra renoncer à sa garantie en tous lieux ; et pourtant, le pourra-t-elle sur ses biens de Normandie ? non, si l'on regarde cette coutume comme prohibitive d'ordre public, de même qu'en cas d'intercession (1) ; oui, au cas contraire ; mais il est certain que la coutume normande paraissait formelle, pour ce motif que la renonciation n'étant qu'une intercession, elle était d'ordre public sur ce point, conformément au Velléien, ce qui était bien d'ailleurs l'opinion générale ; les mêmes solutions se retrouvent de tous points identiques.

CHAPITRE III

DU DROIT DE VIDUITÉ

C'était un gain de survie qui n'existait qu'en Normandie ; l'article 382 décidait que l'homme ayant un

(1) Voir pages 186 et suivantes.

enfant jouirait par usufruit de tout le revenu appartenant à sa femme lors de son décès ; c'était donc un droit correspondant, en principe, au douaire de la femme.

Ce gain de survie n'étant pas spécialement rattaché au régime de communauté, il était facile de prévoir que la majorité des auteurs déclarerait qu'il dépendait du statut réel (1). C'est bien en effet la pensée qui se reflète en leurs ouvrages ; le droit de viduité n'était accordé qu'en considération des immeubles sis en Normandie, s'il faut en croire leur avis. D'où cette double conséquence que des époux ayant été mariés en Normandie, mais la femme n'ayant aucun immeuble en Normandie, le mari n'aurait pas ce droit de viduité, tandis que, mariés à Paris, avec les biens de la femme sis en Normandie, le mari jouirait de ce droit (2) ; il s'ensuit que si le bien de la femme primitivement situé en Normandie, était vendu et remplacé par un immeuble sis à Paris, ou en sens inverse, du jour au lendemain le mariage perdait ou gagnait un droit précieux pour lui. Que telle ait été l'opinion dominante, il n'y a pas à en douter ; les arrêts jugeaient sans défaillance conformément aux conséquences théoriques déduites à l'instant (3) ; et même une ordonnance du moins d'août 1735

(1) Basnage, t. II, p. 65. Frolland, *op. cit.*, chap. x, p. 537. Pessnelle, t. II, p. 441.

(2) Voir Basnage et Frolland aux passages cités ci-dessus.

(3) Arrêt du 7 septembre 1695. Affaire Bence, voir Frolland, *op. cit.*, p. 209 et 430 et suivantes, affaire Turgot, arrêt du 17 août 1656. Ricard, t. II, p. 88 arrêt de Châtillon.

l'avait solennellement déclaré (1). A notre avis, c'était une jurisprudence très critiquable : d'abord juridique-ment parce qu'il ne s'agissait pas là uniquement d'une transmission de biens pure et simple, mais qu'on était plutôt en présence d'un avantage légal, conventionnel tacite entre époux ; et qu'en vertu des règles appliquées au don entre époux, — plutôt que grâce au lien qui semble le rattacher au régime matrimonial normand, argument qui ne nous séduit pas davantage ici qu'ailleurs — il est bon de lui appliquer le statut personnel ; ce qui conduit à accorder au mari normand un droit de viduité sur les biens sis à Paris, puisque sa coutume n'était nullement prohibitive des avantages entre époux consentis lors du contrat, ce qui était le cas, tacitement il est vrai, mais enfin très exactement dans l'espèce ; en outre, ce droit étant pour le mari un avantage acquis dès le jour du mariage, il était juridique-ment impossible de le lui faire perdre si l'immeuble de Normandie était échangé contre un bien sis à Paris. Réciproquement, s'il s'agissait d'un mari parisien, la solution était également fausse ; en effet, de deux choses l'une ; ou les époux se marient à Paris, coutume ignorant ce droit, auquel cas le mari n'aura ce droit sur aucun bien, puisque, s'il est acquis postérieurement en Normandie, il y aurait avantage indirect durant le mariage, ce qui était formellement interdit ; ou bien les

(1) Merlin, au mot : autorisation maritale, p. 613.

époux se marient en stipulant ce droit au profit du mari, auquel cas il l'aura sur tous les immeubles de Paris et de Normandie ; il faudrait alors supposer, pour réaliser l'hypothèse des auteurs normands, un contrat passé à Paris fixant spécialement ce droit sur les immeubles de Normandie, mais ce qui ne permet plus de dire que, dans le cas de vente, le mari perdrait sur eux le droit qu'il tient, puisqu'il y a contrat, et que les dons sont en principe irrévocables. Il semble donc ainsi que de tous côtés on arrive avec la solution des auteurs à des contradictions. Puis, ne serait-ce qu'au point de vue pratique, que de fraudes possibles de la part du mari, qui emploiera tous les biens de sa femme en immeubles normands pour profiter de ce droit ; n'y aurait-il que cette considération, elle devrait suffire à faire repousser le statut réel. Il n'est d'ailleurs pas étonnant que l'on n'ait pas songé à justifier jadis la personnalité du droit de viduité par un argument analogue à celui usité en matière de préciput, en démontrant la possibilité de l'existence d'un rapport étroit entre ce gain de survie et le régime matrimonial normand dont il n'aurait été qu'un accessoire, puisqu'il était inconnu à Paris et du régime de communauté ; ces deux gains de survie auraient formé les deux pendants ; car, si cette idée peut être énoncée aujourd'hui, c'est parce que le régime dotal est maintenant regardé comme de statut personnel ; or, jadis, puisqu'on le soumettait en statut réel, nous l'avons vu, la conception de cette affinité n'aurait servi

de rien. Même si ce motif avait été invoqué à l'appui de la personnalité, nous ne l'aurions pas adopté; mais étant donné l'état des choses au xvii^e siècle, on s'explique assez bien, tout en le blâmant d'ailleurs, pourquoi pas une voix ne s'était élevée contre la doctrine de la réalité. Quoi qu'il en soit, à notre avis, la loi du domicile matrimonial, seule, aurait dû être en jeu, indépendamment de tout changement de domicile, de toute aliénation d'immeubles, de toute coutume ignorant l'existence de ce droit, pour régler ce gain de survie, parce que, nous le répétons, c'était pour le Normand un droit acquis en se mariant qu'il ne pouvait perdre, c'était pour le Parisien un avantage qu'il ne pouvait pas gagner au cours du mariage.

L'opinion que nous soutenons avait d'ailleurs eu quelques partisans, qui n'avaient pu admettre cette faculté que l'application du statut réel laissait ainsi aux fraudes du mari. Sans trop savoir comment justifier leur façon de voir, juridiquement, des auteurs se sont pourtant prononcés en faveur de la personnalité du droit de viduité, laissant subsister, au cas de changement de domicile, la loi du domicile matrimonial « parce qu'elle est l'expression de la volonté présumée des parties » (1); et même, sans se prononcer aussi catégoriquement, on avait cependant déjà allégué, que pour accorder ce droit au mari, il fallait considérer, outre la loi de la situation

(1) Boullenois, *Des démissions de biens*, p. 155.

des biens, la loi du domicile au décès de la femme, ce qui mêlait à la réalité stricte, des tendances au statut personnel de capacité (1) ; c'était déjà un pas de fait vers l'idée de la personnalité, mais qui ne s'était guère manifesté qu'au point de vue purement doctrinal, les arrêts n'en ayant jamais rien laissé apparaître.

Aussi la conclusion générale à formuler sur ces gains de survie, est, à notre avis, en ce sens que cet avantage nuptial dépend toujours du statut personnel ; non pas qu'il fasse, à proprement parler, partie intégrante du régime matrimonial adopté par les époux, mais parce qu'il n'est pas autre chose qu'un don entre époux, soit exprès, soit tacite, et autorisé spécialement par un article de la coutume. Dès l'instant du mariage il constitue un droit, non pas peut-être absolument fixe, mais conditionnel, et par suite acquis au profit du conjoint, abstraction faite du régime matrimonial avec lequel il se trouve coexister en fait, mais non en droit. Quelle autre loi lui appliquer dès lors, pour en régler les différentes parties, logiquement, que celle du domicile des époux au jour du mariage, puisque c'est à cette époque qu'il a été consenti ?

Etant donnée la tendance que nous avons vu exister à tous les points de vue de ne croire qu'à la réalité des coutumes, c'était une idée fort naturelle de la part des

(1) Lebrun, *op. cit.*, chap. II, p. 20. Duplessis, t. II, consultation 17, p. 97.

auteurs du xvii^e siècle que d'appliquer le statut réel en cette matière ; elle venait d'ailleurs de ce fait qu'ils n'avaient pas regardé, ou plutôt pas voulu voir jusqu'au fond des choses, enclins à soumettre l'ensemble des lois à la réalité des coutumes, et donnant libre cours à leur penchant dès qu'une apparence pouvait justifier assez vraisemblablement leur opinion. On nous accusera peut-être à notre tour d'être tombé dans l'extrême contraire ; si nous blâmons la doctrine dominante du xvii^e siècle de tout rattacher à la réalité, il se peut qu'on nous fasse un reproche semblable vis-à-vis de la personnalité ; ce n'est pourtant pas par parti pris que nous y avons ramené l'ensemble des institutions matrimoniales ; c'est, si le mot n'est pas impropre, par conviction. Le courant des doctrines modernes, les solutions aujourd'hui accréditées, l'inconvénient pratique résultant de cette confusion perpétuelle apportée par cette dualité de règles au milieu même d'un groupe d'éléments juridiques formant une unité absolue dans leurs rapports entre eux, enfin, la fausseté incontestable de certaines décisions admises jadis, sont autant de raisons qui nous ont porté à pénétrer dans la voie que nous avons suivie.

CONCLUSION

En nous plaçant dans l'esprit même du xvii^e siècle, nous sommes arrivés à cette conclusion, par nous exprimée encore dans les toutes dernières pages qui précèdent, que le statut personnel était à notre avis le seul devant être vraisemblablement suivi en matière matrimoniale ; mais pourrait-on aujourd'hui raisonner de même ? car, en fin de compte, si nous sommes parvenus à cette façon de voir, c'est parce que, rigoureusement, nous n'avons combattu les opinions admises qu'avec les moyens dont on disposait à cette époque ; nous avons adopté le *statut personnel*, non pas tant que la doctrine dite du statut personnel fût la meilleure, mais parce qu'alors elle était la seule en opposition avec celle du statut réel, parce qu'elle était la seule ayant un fonds indiscutable d'exactitude. En un mot, nous le répétons, nous avons raisonné en contemporain des Renusson et des Duplessis, et non pas en critique du xx^e siècle. Aussi, s'il faut jeter un coup d'œil d'en-

semble sur le chemin parcouru, s'il faut, des solutions par nous émises, déduire une théorie générale, héritons-nous à proclamer aujourd'hui : vérité, ce que nous avons jugé tel aux siècles passés ; entre deux théories extrêmes adoptées jadis, nous avons choisi la moins mauvaise ; est-ce à dire qu'elle soit pleinement satisfaisante à nos yeux de moderne ? Car, enfin, il est hors de doute que, maintenant, la *théorie des statuts* telle que nous l'avons exposée, au long de ces pages soit regardée comme désuète et vieillie. La distinction des statuts réels et personnels avait le grave défaut « d'accorder à la terre une importance qu'elle n'avait pas, de lui subordonner le plus souvent les personnes » (1). Ce qui était en somme assez naturel quand la France était morcelée en nombreuses provinces, jalouses de leur souveraineté réciproque, n'avait plus de raison d'être, lorsque les provinces disparaissaient. La distinction de ces statuts, qui manquait de base et de solidité, n'avait eu pour but que de ménager la suzeraineté de chaque coutume, en la conciliant avec des principes d'équité et de droit que l'on n'osait cependant pas violer ; on avait sacrifié à la première les matières de statut réel ; le statut personnel donnait satisfaction aux seconds ; et ce qui prouve bien la fragilité d'un tel système, c'était l'incohérence même des applications

(1) Weiss, *Manuel*, p. 356.

que l'on en faisait, une question juridique identique étant souvent classée ici et là sous une rubrique différente ; les applications pratiques conduisaient donc à de véritables contradictions ; au sein même d'une institution, on en arrivait à mettre de front les deux statuts ! Nous avons noté, au fur et à mesure, ces inadver- tences et ces illogismes ; et c'est justement pour les éviter que nous avons préféré suivre à peu près partout le seul statut personnel, afin d'étendre en tous lieux les droits des époux ; solution à laquelle, sans invoquer l'idée de statut, on est arrivé pleinement de nos jours, grâce à la théorie dite de la *personnalité des lois* ; de même qu'il n'y a plus de coutumes, mais seulement des nations, il n'y a plus de statuts réels ou personnels ; il n'y a plus « qu'une loi qui ne peut régir que ceux pour qui elle a été faite, mais ceux-là, elle doit en prin- cipe les régir en tous lieux et dans tous leurs rapports juridiques » (1) ; nous avons remarqué maintes fois que le statut personnel était jadis en la dépendance de la loi du domicile ; aujourd'hui, c'est la loi de la nation dont on relève ; nous avons remarqué ces prétendues res- trictions apportées au statut personnel par le statut réel ; nous avons montré qu'il n'y avait là, sous le masque de la réalité, que la notion pure et simple de l'ordre public ; les doctrines actuelles nous donnent raison. Le

(1) Weiss, *op. cit.*, p. 364.

point de vue théorique de la question a donc bien changé depuis jadis : toutes les lois d'un pays suivent ses nationaux en tous lieux, sauf l'obstacle né de l'ordre public ; ce ne sont donc plus des dispositions tantôt réelles, tantôt personnelles mises sur un pied d'égalité ; la personnalité est devenue la règle ; la réalité, pour reprendre les anciens termes, n'est plus en jeu parfois que sous la couleur de l'ordre public, que sous la forme d'une exception à la règle d'une personnalité elle-même bien différente d'autrefois, puisqu'à la loi du domicile, on a substitué celle de la nation.

Faut-il ajouter que si le fondement théorique n'est plus le même, les applications pratiques ne soient, en fait, toujours identiques à ce qu'elles étaient ? Ce sont des réflexions que nous avons faites chemin faisant, à mesure que le sujet se présentait ; mais il nous reste pour terminer à les grouper une dernière fois, afin de jeter sur le passé un regard de comparaison avec le présent.

En ce qui concerne la puissance maritale, la personnalité est restée la règle ; les solutions de jadis sont demeurées vraies, avec cette différence toutefois qu'un changement de domicile n'influerait plus sur ces effets, conséquence logique de ce que la loi nationale tient, dans la théorie de la personnalité, le rôle que tenait jadis la loi du domicile. Le principe que nous avons vu exister en faveur du maintien de la loi du domicile matrimonial en ce qui touchait le régime pécuniaire

des époux s'est donc modifié et étendu à la fois (1) ; l'idée qui y présidait a passé d'une matière dans une autre. De son côté, la force de la convention matrimoniale reconnue jadis au contrat de communauté, discutée pour celui établissant le régime dotal, est aujourd'hui incontestée pour tous les régimes (2) ; mais, ce qui est vrai de la convention expresse, l'est-il aussi du pacte tacite ? Nous avons vu les uns prétendre qu'une communauté établie sans contrat était conventionnelle et personnelle, les autres la dire tout au plus coutumière, — toute convention étant en ce cas réputée absente — et réelle, — car le régime matrimonial visait les biens avant les époux eux-mêmes ; il semble bien pourtant que ce soit la notion de convention tacite qui ait triomphé, en doctrine tout au moins (3) ; car, si l'on veut un instant faire abstraction de cette idée, on se retrouve en présence de la vieille théorie des statuts, de cette question traditionnelle : le régime matrimonial est-il de statut personnel ou réel ? or, à cette question, il n'y a pour ainsi dire pas de réponse possible, car, on l'a fort bien indiqué, il n'y a pas là de statut en jeu. Nous avons dit (4), parce que nous raisonnions alors en juriste du xvii^e siècle, que la communauté visait les personnes avant les biens, — considération qui a son intérêt sans

(1) Voir page 99.

(2) Weiss, *op. cit.*, p. 488.

(3) Weiss, *op. cit.*, p. 488.

(4) Pages 124 et 57.

doute — mais qui, à proprement parler, n'a plus à intervenir dans le problème des conflits, de même qu'autrefois, ou, à toute force, on voulait y voir un statut. « Le statut du régime matrimonial n'est pas un statut dans le sens traditionnel du mot ; c'est une convention, et non, un acte fait en vertu d'un commandement ; ...aussi il ne faut pas dire que le régime matrimonial dépend du statut personnel, c'est-à-dire d'une loi étrangère ; il faut dire qu'il dépend de la volonté des parties » (1). Forcément, on en revient donc à l'idée de convention tacite ; car il n'y a véritablement de statut que lorsqu'il existe une disposition de loi à laquelle on ne peut échapper ; conception que jadis, l'on n'avait pas mise en lumière, ce qui, par suite, ne permettait pas de s'écarter entièrement, en quelque matière que ce fût, de la notion du statut. L'âge fixé pour la majorité était bien un statut, car on ne pouvait y déroger ; le régime matrimonial n'en était pas un au même sens du mot, et nous avons dit ce qu'il fallait seulement entendre par statut personnel, lorsque nous lui appliquions ces termes (2). On nous objectera qu'il n'y a de convention tacite possible, que lorsque les parties peuvent modifier la loi ; que, par suite, le régime matrimonial ne pouvant, en Normandie, être plus étendu que le régime légal, il n'y avait pas, en l'espèce, de convention tacite,

(1) Laurent, *op. cit.*, t. V, p. 391, comparer la citation, p. 425.

(2) Voir p. 425.

ce à quoi nous avons conclu ; objection qui serait sans réponse s'il était absolument vrai qu'on ne pût ni étendre ni restreindre les droits des parties ; or, peut-on dire que la coutume normande ait été opposée à ces restrictions d'une façon entière et absolue ? il paraît bien, au contraire, qu'en cette province même d'autres régimes étaient possibles que le strict système coutumier : et c'est ce qui permet de prétendre que la notion de convention tacite est demeurée, en résumé, aussi sensée que jadis, si, par contre, la notion de statut, telle qu'on l'appliquait aux régimes matrimoniaux, doit être modifiée dans son sens traditionnel, pour garder, en cette matière, quelque apparence d'exactitude.

A moins de refaire à nouveau et plus complètement une étude des donations en droit international ou coutumier, il n'y a, en ce qui touche la question de la personnalité, qu'à enregistrer les résultats acquis ; jadis : prétendu caractère de réalité absolue des dons faits à des tiers, sous la réserve, faite parfois, des applications du statut personnel en ce qui a trait aux libéralités entre époux (1) ; aujourd'hui : les deux théories sont en présence, dans la doctrine et la jurisprudence pour les donations en général ; pour celles entre conjoints, il semble bien que la personnalité de la loi nationale ait été admise (2). Donner ici des arguments en faveur de l'une

(1) Nous avons vu, page 221, les difficultés d'interprétation exacte de ce point particulier.

(2) Ci-dessus, p. 211. Weiss, *op. cit.*, p. 586.

ou de l'autre de ces opinions, ce serait répéter ce que nous en avons déjà dit précédemment ; nous ne pouvons que renvoyer aux explications déjà fournies ; et il en est de même des gains de survie. De nos jours, le principal de ces avantages légaux est l'usufruit du conjoint survivant, tel qu'en France, l'a réglé la loi de 1891 ; en ce qui le concerne, la théorie de la personnalité des lois a-t-elle triomphé, ou bien en est-on resté aux idées de statut réel de nos anciens auteurs ? Il n'y a pas de réponse absolue à faire encore ici ; car si l'on voit avec nous dans cet usufruit, comme dans tout gain de survie un avantage conventionnel tacite entre époux, c'est la théorie des donations entre conjoints qui reparait ; si l'on n'y voit, comme jadis, qu'un droit de quasi-succession, — motif pour lequel on s'accordait en général à le rattacher au statut réel — on se trouve encore en face d'une dualité de doctrines, le règlement des successions étant, nous l'avons dit, soumis au principe de la territorialité pour les uns, de la personnalité de la loi nationale du défunt pour les autres ; ajoutons qu'à notre avis, il y avait là un avantage entre époux plutôt qu'un droit successoral, et ce faisant, nous avons soumis les gains de survie au statut personnel, c'est-à-dire, aujourd'hui, à la personnalité ; d'ailleurs, même de nos jours, la doctrine nouvelle en matière successorale nous laisserait encore une porte ouverte en ce sens s'il y avait surtout, en l'espèce, un droit de succession.

De tout cela il résulte que sauf l'obstacle né de l'ordre

public, de cette prohibition que l'on baptisait systématiquement jadis du nom erroné de statut réel, la personnalité de la loi nationale de l'individu doit être souveraine en toutes ces matières ; nous répétons que ce n'est là qu'une opinion, puisqu'aujourd'hui encore, il est des adversaires de cette conception ; mais, comme toute opinion, celle que nous avons adoptée peut se défendre, et d'autant plus facilement, que, pour nombre de raisons déjà vues, elle paraît véritablement la meilleure ; une justification des applications actuelles de la théorie de la personnalité ne serait plus seulement une conclusion à une étude de droit coutumier, ce serait une étude de droit international même ; et si les arguments que nous avons fournis pour soutenir ce qu'on appelait autrefois le statut personnel paraissent bien anciens vis-à-vis de ceux employés aujourd'hui, c'est parce que le raisonnement tiré des principes considérés alors comme vrais, ne permettait guère d'en employer d'autres sans arriver à des contradictions pour ainsi dire historiques ; logiquement pouvait-on opposer à des juristes du siècle de Louis XIV des systèmes connus seulement depuis peu ? De même, d'ailleurs, à mesure qu'avancera le temps, des doctrines naîtront sans doute, qui jetteront de nouvelles lumières sur tous ces sujets ; et peut-être les raisons que nous avons invoquées pour nous séparer des théories anciennes, serviront à leur tour, elles-mêmes, d'arguments pour détruire les doctrines que nous estimons aujourd'hui être les plus pro-

ches de la vérité, puisque, selon les expressions propres de M. Planiol, « le droit est mobile comme la vie, et comme l'opinion humaine ».

Vu : par le Président.

Le 5 avril 1909.

CH. LEFEBVRE.

Vu :

Le Doyen,

CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

Pour le Vice-Recteur,

L'inspecteur de l'Académie.

COMBARIEU

BIBLIOGRAPHIE

- AUZANET. — *Commentaire de la coutume de Paris.*
- BACQUET. — *Traité des droits de justice.*
- BASNAGE. — *Commentaire de la coutume de Normandie.*
- BÉRAULT. — *Commentaire de la coutume de Normandie.*
- BOULLENOIS. — *Ouvrage sur les démissions de biens.*
- BOULLENOIS. — *Questions qui naissent de la contrariété des coutumes.*
- BOURJON. — *Commentaire de la coutume de Paris.*
- BRODEAU. — *Commentaire sur les arrêts de Louet.*
- CALIXTE. — *Des dons entre époux en droit international*, thèse, Paris, 1895.
- CHALLINÉ. — *Méthode générale pour l'intelligence des coutumes.*
- CHARONDAS-LE-CARON. — *Réponses de droit.*
- CHOPPIN. — *Commentaire de la coutume de Paris.*
- CHOPPIN. — *Ouvrage sur les privilèges des rustiques.*
- COLIN. — *Le droit des gens mariés en Normandie. Nouvelle revue historique* (1892).
- D'ARGENTRÉ. — *Commentaire de la coutume de Bretagne* (article 218).
- DE LAURIÈRE. — *Texte de la coutume de Paris de 1580.*
- DE L'HOMMEAU. — *Maximes générales de droit français.*
- DEMANGEAT. — *Essai sur les statuts. Revue pratique de droit français*, 1856.
- DENIZART. — *Actes de notoriété donnés au Châtelet de Paris.*
- DUGASTEL. — *Texte de la coutume de Normandie et des Placités de 1666.*
- DUCHESNE-BEAUMONT. — *Essai sur la distinction des statuts réels et personnels.*
- DUMOULIN. — *Œuvres*, tomes I^{er} et III^e.
- DUPLESSIS. — *Consultations de la conférence des avocats*, (tomes I et II).
- FEVRE. — *De la règle : locus regit actum*, thèse, Paris, 1885.

- FOELIX. — *Traité de droit international privé* (annoté par Demangeat).
- FROLLAND. — *Mémoires sur la qualité des statuts.*
- FROLLAND. — *Mémoires sur le sénatus-consulte velléen.*
- GODEFROY. — *Commentaire de la coutume de Normandie.*
- HENRYS. — *Commentaire de la coutume de Paris*
- HOUARD. — *Dictionnaire normand.*
- LAÎNÉ. — *Introduction au droit international privé.*
- LAMOIGNON. — *Arrêts.*
- LAURENT. — *Traité de droit international privé.*
- LEBRUN. — *Traité de la communauté.*
- LE MAISTRE. — *Commentaire de la coutume de Paris.*
- MAILHER DE CHASSAT. — *Ouvrage sur la théorie des statuts.*
- MERLIN. — *Répertoire de jurisprudence.*
- MERLIN. — *Questions de droit.*
- PALLAMARY. — *Des conflits de législation en matière matrimoniale*, thèse, Paris, 1884.
- PESNELLE. *Commentaire de la coutume de Normandie.*
- POTHIER. — *Œuvres* (édition Bugnet).
- PRÉVÔT DE LA JANNÈS. — *Œuvres* (troisième plaidoyer).
- RANCHON. — *Du régime de la dot en Normandie*, thèse, Paris, 1897.
- RENUSSON. — *Traité de la communauté.*
- RICARD. — *Traité des donations.*
- ROBERT (Anne). — *Arrêts décisifs de questions de droit et coutume.*
- ROUSSILHE. — *Traité de la dot.*
- SÉRIEUX. — *Traité des contrats de mariage.*
- TESSIER. — *Traité de la dot.*
- TRONÇON. — *Commentaire de la coutume de Paris.*
- WEISS. — *Manuel de droit international privé.*
- WEISS. — *Traité de droit international privé.*

TABLE DES MATIÈRES

AVANT-PROPOS	1
------------------------	---

PARTIE PRÉLIMINAIRE

GÉNÉRALITÉS SUR LES STATUTS

PREMIÈRE PARTIE

DE L'AUTORISATION MARITALE ET DE LA CAPACITÉ DE LA FEMME MARIÉE

CHAPITRE I. — De la femme mariée sous le régime dotal ou de communauté	21
CHAPITRE II. — De la femme séparée de biens	41
CHAPITRE III. — De la femme marchande publique.	49

DEUXIÈME PARTIE

DU RÉGIME PÉCUNIAIRE DES ÉPOUX

CHAPITRE I. — Des époux mariés avec contrat	54
<i>Section I.</i> — Cas où les époux ne changent pas de domi- cile au cours du mariage	61
A. — Contrats passés à Paris.	61
B. — Contrats passés en Normandie.	78
1). — Contrats passés suivant la coutume de Nor- mandie sans aucune clause dérogatoire	79

II). — Contrats passés en Normandie avec clause de communauté	84
C. — Critique d'une opinion rattachant les régimes matrimoniaux au statut réel.	89
Section II. — Cas où les époux changent de domicile au cours de mariage.	95
A. — Du transfert du domicile de Paris en Normandie.	100
B. — Du transfert du domicile de Normandie à Paris. .	102
Section III. — Des contrats passés avec esprit de retour. .	104
Section IV. — Des formalités de la dissolution du régime matrimonial	113
CHAPITRE II. — Des époux mariés sans contrat	116
Section I. — Epoux mariés à Paris.	116
Section II. — Epoux mariés en Normandie	132
CHAPITRE III. — Des dispositions protectrices des biens propres de la femme mariée	143
Section I. — Garanties accordées à la femme	145
A. — De l'inaliénabilité dotale proprement dite. . . .	145
B. — Du remploi	157
C. — De l'hypothèque légale	164
D. — De l'action subsidiaire de la femme contre l'acquéreur de son immeuble	175
Section II. — Des contrats permis à la femme autorisée, relativement à ses biens	179

TROISIÈME PARTIE

DES LIBÉRALITÉS ENTRE ÉPOUX

CHAPITRE I. — Généralités sur les donations et legs	194
CHAPITRE II. — Des avantages entre époux	202
Section I. — Des avantages unilatéraux entre conjoints . .	203
Section II. — Du don mutuel.	223

QUATRIÈME PARTIE

DES GAINS DE SURVIE

CHAPITRE I. — Du préciput légal.	234
CHAPITRE II. — Du douaire.	239
<i>Section I.</i> — Règles spéciales au douaire coutumier	241
<i>Section II.</i> — Règles spéciales au douaire préfix	246
<i>Section III.</i> — Règles communes au douaire coutumier et préfix	252
CHAPITRE III. — Du droit de viduité	260
CONCLUSION	266
BIBLIOGRAPHIE	277

